

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



EL DERECHO DEL TRANSPORTE EN LA UNION EUROPEA: LA
REFORMA ESTRUCTURAL DEL SECTOR FERROVIARIO Y LA
APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES

TESIS DOCTORAL DE:

EVA MARTÍNEZ ALIFA

BAJO LA DIRECCIÓN DE:

NICOLE STOFFEL VALLOTTON

Madrid, 2013

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**EL DERECHO DEL TRANSPORTE EN LA UNION EUROPEA: LA
REFORMA ESTRUCTURAL DEL SECTOR FERROVIARIO Y LA
APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES**

Tesis que presenta la Licenciada Eva
MARTINEZ ALIFA para la obtención
del título de Doctor en Derecho,
elaborada bajo la dirección de la Dra.
Doña Nicole STOFFEL VALLOTTON,
Profesora Titular de Derecho
Internacional Público de esta
Universidad

Vº Bº

La Directora

Julio de 2012

INDICE

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

INTRODUCCIÓN1

CAPITULO I: MARCO NORMATIVO DEL TRANSPORTE FERROVIARIO EN LA UNION EUROPEA: LIBERALIZACION DEL MERCADO FERROVIARIO. EXPERIENCIA BRITANICA

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCION: ¿POR QUE EL FERROCARRIL? | 12 |
| 1. Ventajas e inconvenientes del ferrocarril | 13 |
| 2. Panorama ferroviario europeo..... | 14 |
| II. EL TRANSPORTE FERROVIARIO DENTRO DEL MARCO DE LA POLÍTICA COMUN DE TRANSPORTES DE LA UNION | 19 |
| 1. Generalidades de la Política Común de Transportes que afectan al transporte ferroviario..... | 19 |
| 2. Derecho Originario..... | 20 |
| 2.1. El transporte como actividad con entidad propia | 20 |
| 2.2. El transporte como actividad económica..... | 23 |
| 2.3. Título VI TFUE: Transportes | 25 |
| 2.4. Las peculiaridades específicas del sector de los transportes..... | 29 |
| 2.5. Ámbito material de aplicación de la PCT..... | 31 |
| 2.6. Modificaciones del Tratado de Lisboa al título VI TFUE | 33 |
| 3. Derecho Derivado..... | 34 |
| III. MARCO NORMATIVO DEL TRANSPORTE FERROVIARIO | 42 |
| 1. Antes de la regulación comunitaria..... | 44 |
| 2. La Directiva 91/440: el empuje para la liberalización..... | 45 |
| 3. Estructuras corporativas de los administradores de infraestructuras | 53 |
| 4. Primer Paquete Ferroviario..... | 66 |
| 4.1. Directiva 2001/12/CE, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios..... | 67 |
| 4.2. Directiva 2001/13/CE, por la que se modifica la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias..... | 69 |
| 4.3. Directiva 2001/14/CE relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización..... | 70 |
| A) Importancia del Organismo Regulador Ferroviario | 75 |
| B) Cánones de acceso a la infraestructura ferroviaria..... | 77 |
| C) RailNetEurope..... | 80 |
| 4.4. Balance: el primer paquete ferroviario tropieza con las disfunciones recurrentes del modo de transporte ferroviario..... | 80 |
| 5. Segundo Paquete Ferroviario: Directivas 2004/49 (seguridad ferroviaria), 2004/50 (interoperabilidad) y 2004/51 (apertura del mercado), y Reglamento 881/2004 por el que se crea la Agencia Ferroviaria | 87 |

| | |
|---|------------|
| 6. Tercer Paquete Ferroviario..... | 95 |
| 6.1. Directiva 2007/58 por la que se modifican la Directiva 91/440/CEE y la Directiva 2001/14/CE..... | 96 |
| 6.1.1. La apertura del transporte ferroviario internacional de viajeros..... | 97 |
| 6.1.2. Las inversiones cuantiosas en infraestructura..... | 100 |
| 6.1.3. El régimen de intervención estatal en los servicios públicos ferroviarios..... | 100 |
| 6.1.4. Régimen español respecto a los servicios de transporte ferroviario de interés público..... | 103 |
| 6.2. Directiva 2007/59 de certificación de maquinistas..... | 105 |
| 6.3. Reglamento 1371/2007 sobre los derechos y obligaciones de los viajeros de ferrocarril..... | 107 |
| 7. Otras medidas..... | 110 |
| IV. LA EXPERIENCIA BRITÁNICA..... | 116 |
| 1. El pasado del ferrocarril británico..... | 116 |
| 2. Estructuración de la privatización..... | 120 |
| 3. Network Rail..... | 129 |
| 4. Transposición de las Directivas comunitarias..... | 131 |
| 5. Perspectivas..... | 133 |
| 6. Problemática de los ROSCOs..... | 135 |
| 7. Reflexiones respecto a la experiencia británica..... | 137 |
| V. CONCLUSIONES DEL CAPITULO..... | 138 |

CAPITULO II: REGULACION SECTORIAL DEL TRANSPORTE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

| | |
|--|------------|
| I. INTRODUCCION..... | 152 |
| II. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA UE EN RELACION CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y CON LA REGULACION SECTORIAL..... | 153 |
| III. REGULACION Y DERECHO DE LA COMPETENCIA. ¿CUANDO SE DEBEN APLICAR?..... | 164 |
| 1. Instrumentos normativos..... | 165 |
| 2. Funciones y objetivos..... | 171 |
| 3. Metodología..... | 173 |
| IV. DESREGULACION Y LIBERALIZACION..... | 177 |
| 1. Desmantelamiento de los monopolios históricos..... | 177 |
| 2. Medidas regulatorias..... | 179 |
| A) Acceso obligatorio..... | 180 |
| B) Obligación de no discriminación..... | 183 |
| 3. Diferentes ámbitos de aplicación..... | 185 |

| | | |
|-------------|--|------------|
| V. | INDUSTRIAS EN RED | 189 |
| VI. | APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA INDUSTRIA FERROVIARIA | 200 |
| 1. | Sistema procedimental de aplicación del Derecho de la competencia al transporte | 201 |
| 2. | Aplicación del Derecho de la Competencia al mercado ferroviario. Primer problema: qué mercado definir | 206 |
| 3. | Ventajas y desventajas de la integración vertical versus separación vertical desde el punto de vista del Derecho de la Competencia | 209 |
| VII. | CONCLUSIONES DEL CAPITULO | 218 |

CAPITULO III: DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UE

| | | |
|-------------|--|------------|
| I. | INTRODUCCION DEL CAPITULO | 222 |
| II. | DERECHO DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO | 223 |
| 1. | Marco competencial comunitario | |
| 1.1. | Economía de mercado y de libre competencia | 223 |
| 1.2. | Integración de los mercados nacionales | 227 |
| 1.3. | Flexibilidad del Derecho de la Competencia | 228 |
| 2. | Áreas del derecho de la competencia en la UE | 231 |
| III. | PRACTICAS COLUSORIAS O CARTELES | 233 |
| 1. | Art. 101 TFUE | 233 |
| 2. | Acuerdos verticales | 235 |
| 3. | Sistemas de aplicación del art. 101 TFUE | 236 |
| IV. | ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE | 241 |
| 1. | Cláusula de afectación al comercio intracomunitario | 242 |
| 2. | Art. 102 TFUE | 243 |
| 3. | Posición de Dominio | 246 |
| 3.1. | Delimitación del mercado relevante o de referencia | 247 |
| A) | Mercado de producto o criterio objetivo | 248 |
| B) | Criterio o mercado geográfico | 252 |
| C) | Criterio temporal o factor tiempo | 254 |
| D) | Factor administrativo o normativo | 254 |
| 3.2. | Definición de la posición de dominio: comportamiento independiente en el mercado | 255 |
| A) | Elementos de la definición de la posición de dominio | 256 |
| B) | Competencia actual | 257 |
| C) | Barreras a la entrada y a la expansión. Clasificación | 259 |
| D) | Poder de negociación de la demanda | 269 |
| 4. | Dependencia económica o Posición de Dominio Relativa | 270 |
| 5. | Abuso de la posición de dominio | 274 |

| | |
|---|------------|
| 5.1. Concepto..... | 274 |
| 5.2. Elementos..... | 276 |
| 5.3. Clasificación..... | 278 |
| A) Abusos anticompetitivos | 279 |
| A.1) Concepto y Clasificación | 279 |
| A.2) Denegación de suministro y doctrina de los recursos esenciales..... | 282 |
| B) Abusos explotativos..... | 291 |
| 6. Posición de dominio colectiva y Oligopolios..... | 299 |
| 6.1. Concepto de posición de dominio colectiva..... | 299 |
| 6.2. Problemática de los mercados oligopolistas..... | 300 |
| 6.3. Evolución en la jurisprudencia comunitaria del concepto de posición dominante colectiva. . | 303 |
| 6.4. Referencia a la legislación americana de la competencia en cuanto a los oligopolios..... | 314 |
| V. CONCENTRACIONES DE EMPRESAS..... | 316 |
| VI. AYUDAS PUBLICAS..... | 320 |
| VII. CONCLUSION DEL CAPITULO..... | 323 |

CAPITULO IV: DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES. PRECEDENTES, DEFINICION Y JURISPRUDENCIA RELATIVA

| | |
|---|------------|
| I. INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES..... | 331 |
| II. REQUISITOS DE LA ESENCIALIDAD DE UN RECURSO/INSTALACIÓN..... | 334 |
| III. PRECEDENTES DE LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES..... | 340 |
| 1. La Doctrina de los recursos esenciales en la Jurisprudencia USA..... | 340 |
| 1.1. Los casos más importantes en la Jurisprudencia USA: | |
| 1) El primer caso de recursos esenciales: “ <i>Terminal Railroad</i> ” de 1912,... | 340 |
| 2) El asunto <i>Associated Press</i> de 1945: una red de noticias | 342 |
| 3) El asunto <i>Otter Tail Power</i> de 1973, por el que se aplica la doctrina a un sector regulado | 344 |
| 4) El asunto <i>Hecht v. ProFootball</i> de 1978: la utilización expresa del término “essential facilities” | 345 |
| 5) La versión moderna de la doctrina y sus requisitos en el asunto <i>MCI Communications Corp. v. AT&T</i> de 1983 | 348 |
| 6) El asunto <i>Aspen Skiing</i> de 1985, en el que se examina la ruptura de un acuerdo comercial rentable..... | 349 |
| 7) El asunto <i>Verizon v. Trinko</i> de 2004 pone de manifiesto la necesidad de límites más claros entre la aplicación de normas regulatorias sectoriales y del Derecho antitrust <i>ex post</i> | 353 |
| 1.2. Síntesis de la evolución de la Jurisprudencia USA..... | 355 |
| 2. La Doctrina de los recursos esenciales en la Jurisprudencia de la UE..... | 357 |
| 2.1. Los antecedentes del asunto <i>Bronner</i> en la Jurisprudencia comunitaria,... | 360 |
| 1) <i>Commercial Solvents</i> : primer caso de “negativa de suministro” en 1974 | 360 |

| | | |
|--|------------|-------|
| 2) El asunto <i>United Brands</i> de 1978: la importancia de la definición del mercado relevante | 362 | |
| 3) El asunto <i>Telemarketing</i> de 1985 introduce el término “ <i>indispensable</i> ” | 365 | |
| 4) El asunto <i>Volvo</i> de 1988 introduce los derechos de propiedad intelectual en la EFD/DRE | 367 | |
| 5) La ayuda estatal para reservarse el mercado conexo en el asunto <i>GB-Inno</i> de 1991 | 368 | |
| 6) El asunto <i>Magill</i> de 1995: la adopción ‘no confesada’ por el TJCE de la EFD/DRE | 369 | |
| 7) <i>Ladbroke</i> de 1997 y la importancia de proteger la competencia potencial | 374 | |
| 2.2. El asunto <i>Bronner</i> de 1998. Cambio de dirección en la evolución de la jurisprudencia | 378 | UE |
| 2.2.1. Hechos acaecidos en el presente asunto | 379 | |
| 2.2.2. Aspectos debatidos en la sentencia | 380 | |
| 2.2.2.1. Sobre la admisibilidad de las cuestiones planteadas | 380 | |
| 2.2.2.2. El alcance de aplicabilidad del art. 82 TCE (102 TFUE) | 382 | |
| 2.2.3. Mercado relevante | 383 | |
| 2.2.4. El test objetivo | 386 | |
| 2.2.5. Los tres requisitos del asunto <i>Bronner</i> | 387 | |
| 2.2.6. Planteamiento de la cuestión del abuso por el A.G. Jacobs | 389 | |
| 2.2.7. Afectación a la competencia | 392 | |
| 2.2.8. El A.G. analiza la práctica americana respecto a la EFD/DRE | 394 | |
| 2.2.9. Posibles clasificaciones en torno a la EFD/DRE | 396 | |
| 2.3. La Jurisprudencia comunitaria sobre la DRE/EFD tras el asunto <i>Bronner</i> | | |
| 8) El asunto <i>NDC Health/IMS Health</i> de 2001 confirma la importancia de la protección de la competencia potencial | 399 | |
| 9) En el asunto <i>MICROSOFT</i> de 2004 se flexibiliza el requisito de la eliminación de competencia en el mercado | 404 | |
| 2.4. Síntesis de la evolución de la Jurisprudencia UE | 410 | |
| IV. EVOLUCION DE LA DOCTRINA DE LOS ‘RECURSOS ESENCIALES’ EN EL SECTOR DE LOS TRANSPORTES | 415 | |
| 1) Vulneración del art. 102, c) del TFUE en la Decisión <i>B&I Line plc c/ Sealink Harbours Ltd. y Sealink Stena Ltd</i> de 1992 | 418 | |
| 2) Vulneración del art. 102, b) del TFUE en la Decisión <i>Sea Containers c/ Stena Sealink</i> | 421 | |
| 3) La Decisión “ <i>Puerto de Rodby</i> ” tomada en el marco del art. 110 TFUE | 423 | |
| 4) Confirmación de la línea evolutiva marcada de los casos portuarios en la Decisión “ <i>Puerto de Roscoff</i> ” | 424 | |
| V. JURISPRUDENCIA RELATIVA AL TRANSPORTE FERROVIARIO | 425 | |
| 1. Los casos ferroviarios | 426 | |
| 1) Decisión <i>Eurotunnel</i> de 1994: la fuerte inversión en la infraestructura del túnel | | túnel |

| | | |
|---|------------|--|
| del Canal de la Mancha | 426 | |
| 2) Decisión <i>HOV-SVZ/MCN</i> (<i>Maritime Container Network</i>) de 1994: los abusos discriminatorios del ferrocarril alemán..... | 430 | |
| 3) <i>European Night Services</i> de 1994: barreras de acceso a la infraestructura ferroviaria | 438 | |
| 4) La Decisión de la Comisión GVG/FS de 2003 consideró que la infraestructura ferroviaria es un recurso esencial..... | 453 | |
| 5) El asunto GVG c/DB y la incentivación de nuevos servicios ferroviarios | 465 | |
| 6) EUROSTAR, la tendencia a las concentraciones en la liberalización del sector ferroviario..... | 468 | |
| 2. Síntesis de los casos ferroviarios. La relación entre art. 81 TCE y DRE/EFD..... | 473 | |
| 3. Mercado de los Servicios ferroviarios relacionados..... | 479 | |
| 3.1. Anexo II de la Directiva 2001/14..... | 480 | |
| 3.2. Cuestiones interpretativas..... | 482 | |
| 3.3. Prácticas anticompetitivas en el mercado de los servicios ferroviarios relacionados..... | 484 | |
| 3.4. Test de competencia en el mercado de los servicios ferroviarios relacionados | 486 | |
| 3.5. Avance en la regulación del mercado de los Servicios ferroviarios relacionados | 489 | |
| 3.6. La regulación española del mercado de los Servicios ferroviarios relacionados | 495 | |
| VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO..... | 504 | |

CAPITULO V: DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES. DEFINICION, CATEGORIZACION Y CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN AL MERCADO FERROVIARIO DE LA UE

| | |
|--|------------|
| I. INTRODUCCIÓN | 514 |
| II. PROFUNDIZACIÓN EN LA DEFINICIÓN..... | 515 |
| 1. Afectación a la competencia | 515 |
| 2. Supuestos de aplicación de la EFD | 517 |
| III. ¿SON NECESARIOS DOS MERCADOS?..... | 521 |
| 1. Planteamiento de la cuestión..... | 521 |
| 2. Definición del mercado relevante en relación al recurso esencial | 525 |
| 2.1. Consecuencias de una definición del mercado muy limitada..... | 525 |
| 2.2. Definición del mercado en función del abuso anticompetitivo..... | 529 |
| 2.3. Análisis tradicional del mercado relevante..... | 533 |
| 3. La necesidad de dos mercados..... | 537 |
| 3.1. ¿Es irrelevante la distinción de dos mercados?..... | 538 |
| 3.2. ¿Se dan dos mercados en los casos de derechos de propiedad intelectual? | 540 |

| | |
|---|------------|
| 3.3. ¿Se confunde la necesidad de dos mercados en la doctrina de los recursos esenciales con el apalancamiento de mercados?..... | 541 |
| 4. Presencia de la empresa dominante en el mercado derivado..... | 545 |
| IV. JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DE LA EMPRESA DOMINANTE..... | 553 |
| 1. Diferentes justificaciones objetivas de la empresa dominante..... | 553 |
| 2. La justificación por razones comerciales..... | 555 |
| 3. La justificación por falta de capacidad en la instalación o recurso..... | 556 |
| 4. La justificación por razones de precios..... | 559 |
| V. CATEGORIZACIÓN DE LA EFD..... | 561 |
| 1. Doctrina americana | 562 |
| 2. Doctrina europea..... | 565 |
| 2.1. Clasificaciones basadas en los efectos en el mercado y en la intención de la empresa dominante | 565 |
| 2.2. Informe del EAGCP: un informe económico..... | 568 |
| 2.3. Clasificación del art. 102 TFUE..... | 570 |
| 2.4. Clasificación en el marco de la Comunicación “ <i>Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes</i> ”..... | 575 |
| 2.5. Estudio de la OCDE sobre la denegación de suministro/acceso..... | 579 |
| 3. Consecuencias de las distintas clasificaciones..... | 582 |
| VI. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES AL MERCADO FERROVIARIO DE LA UE..... | 586 |
| 1. Conflicto de intereses en las empresas integradas verticalmente..... | 586 |
| 2. Medidas estatales restrictivas de la competencia | 587 |
| 3. Factores a considerar en la separación vertical de los monopolios ferroviarios..... | 589 |
| 4. Supervisión reglamentaria: refuerzo de la independencia del Regulador Ferroviario..... | 596 |
| 4.1. El impulso del organismo regulador ferroviario..... | 596 |
| 4.2. El Comité de Regulación Ferroviario Español..... | 599 |
| 4.3. Distinción entre el marco regulatorio y el ámbito del Derecho de la Competencia | 601 |

| | |
|---|------------|
| 5. La falta de incentivación de la empresa dominante puede afectar a la inversión y a la calidad..... | 604 |
| 5.1. La importancia de la calidad y la seguridad de la infraestructura ferroviaria..... | 606 |
| 5.2. Los contratos plurianuales para la gestión de la infraestructura ferroviaria..... | 609 |
| VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO..... | 615 |
| CONCLUSIONES FINALES..... | 627 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 636 |
| JURISPRUDENCIA UTILIZADA..... | 653 |
| <i>Jurisprudencia norte-americana.....</i> | <i>653</i> |
| <i>Jurisprudencia europea.....</i> | <i>653</i> |
| <i>DECISIONES.....</i> | <i>656</i> |
| <i>COMUNICACIONES.....</i> | <i>657</i> |
| <i>DIRECTIVAS.....</i> | <i>658</i> |
| <i>REGLAMENTOS.....</i> | <i>659</i> |

ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

| | |
|-------------|--|
| CdR | Comité de las Regiones de la UE |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| CEMT | Conferencia Europea de Ministros de Transporte |
| CES | Comité Económico y Social de la UE |
| CMLR | Common Market Law Review |
| DO | Diario Oficial de la Comunidad Europea o de la UE |
| EAGCP | <i>Economic Advisory Group on Competition Policy</i> de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea |
| ECLR | European Competition Law Review |
| DRE/EFD | Doctrina de los Recursos Esenciales / Essential Facilities Doctrine |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico |
| OUP | Oxford University Press |
| PCT | Política Común de Transportes de la UE |
| PE | Parlamento Europeo |
| Noticias UE | Noticias de la Unión Europea |
| Rec. | Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE/UE |
| TJCE | Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o de la UE |
| TPI | Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea |
| TCE | Tratado de la Comunidad Europea |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TJCE | Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea/Unión Europea |
| TPI | Tribunal de Primera Instancia de la UE |
| TUE | Tratado de la UE |
| UE | Unión Europea |

INTRODUCCIÓN

- I -

Desde el mismo nacimiento de la Comunidad Económica Europea los redactores del Tratado de Roma ya previeron la necesidad de establecer una Política de Transportes, que garantizara en el seno del mercado interior un sistema de transportes integrado que diera respuesta a la libre circulación de personas y mercancías.

Sin embargo, también eran conscientes de la complejidad y las “peculiaridades del sector de los transportes”¹, lo que se reflejó en un Título, de los “Transportes”, que contenía más un conjunto de medidas aisladas que una verdadera política coherente y programática de principios, objetivos e instrumentos. Tal indeterminación fue la causa del escaso avance de desarrollo de la Política Común de Transportes (en adelante PCT) hasta, prácticamente, el primer recurso por omisión en la materia. Efectivamente, el asunto *Parlamento Europeo contra Consejo*², al que nos referiremos en el capítulo I³, determinó el arranque progresivo de una política general basada en programas de acción, Comunicaciones y Libros Blancos. El objetivo del desarrollo de la PCT se centró en la liberalización del sector del transporte, como modo de introducir las fuerzas y presiones competitivas que, a la postre, llevarían al aumento de la calidad, la bajada de precios y el beneficio del consumidor.

- II -

Pero este camino de liberalización, emprendido a partir de la década de 1980 por la Comisión Europea a través principalmente de sus Propuestas, se enfrentaba a un panorama caracterizado por un crecimiento desmesurado del transporte por carretera, un constante aumento de la aviación y del transporte marítimo de corta distancia,

¹ Como se verá en el capítulo I (epígrafe II- 2.4), esta idea y con estas palabras: “*las peculiaridades del sector de los transportes*” quedaron reflejadas en el art. 91-1, primer párrafo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), según la numeración actual después del Tratado de Lisboa.

² Sentencia de 22 de Mayo de 1985, asunto 13/83 *Parlamento Europeo c/Consejo* (Rec. 1985, pág. 1556).

³ Véase el capítulo I, epígrafe II- 2.3.

acompañados de graves problemas de congestión y medioambientales⁴ y, un serio declive, que ha agravado en cierta medida la crisis económica, del transporte por ferrocarril⁵. En consecuencia, esta descompensación entre los diferentes modos de transporte ha provocado un desequilibrio modal.

Por lo que el gran reto ha sido, especialmente desde 2001⁶, la revitalización del ferrocarril, por varias razones:

- a) entre los diferentes modos de transporte era el que más cuota de mercado perdía
- b) a pesar de ser un sector fuertemente regulado, las deudas de los monopolios ferroviarios estatales se acumulaban astronómicamente en los presupuestos nacionales
- c) no aprovechaba sus ventajas en las distancias medias y largas, que dentro del territorio comunitario hacen a este tipo de transporte particularmente atractivo
- d) es el modo de transporte menos contaminante
- e) por sus cualidades de servicio público

- III -

Con estos factores presentes, nuestro trabajo de investigación se centró en averiguar por qué el ferrocarril europeo no funcionaba como un modo de transportes eficaz, integrado y fiable.

Lo primero que observamos es que a principios de la década de 1990 no existía un mercado ferroviario europeo, sino que los únicos agentes que conformaban este mercado eran los monopolios ferroviarios en el ámbito nacional. Sus redes ferroviarias no llegaban más allá de las fronteras de cada Estado y constituían además un instrumento de

⁴ El sector del transporte es la industria de crecimiento más rápido en el consumo de energía y productor de gases invernadero en la UE. Eurostat, “Statistical Books, Europe in figures — Eurostat yearbook 2010”, pág. 492.

⁵ La gran mayoría de transporte de carga interior en la UE (a 27) fue transportada por carretera en 2007, que ascendía al 76.5 % del total del transporte de carga interior (excluyéndose el transporte de gas). Un 17.9 % de transporte de carga interior en la UE (a 27) ha sido transportada por ferrocarril, y el resto (5.6 %) por vías navegables. Respecto al transporte de pasajeros interior, el transporte en coche cuenta con una importante mayoría entre todos los Estados-miembros. Eurostat, “Statistical Books, Europe in figures — Eurostat yearbook 2010”, pág. 494, (los datos recogidos son datos disponibles en Septiembre de 2009).

⁶ Véase el fundamental Libro Blanco 2001 “La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad” establece como un objetivo primordial “Revitalizar el ferrocarril”; en las *Orientaciones* del Libro Blanco, COM (2001) 370.

protección e intervención gubernamental fácilmente detectable por la variedad a nivel nacional de anchos de vía, galibo, sistemas de electrificación, voltaje, sistemas de señalización, que condicionaban a su vez, diferente locomoción, maquinistas y otras herramientas necesarias en la operativa del tren, es decir, existía falta de interoperabilidad con las otras redes ferroviarias de los demás Estados miembros y con los otros modos de transporte.

Aun así, el problema detectado más persistente lo constituía la estructura en integración vertical de la empresa ferroviaria histórica, que chocaba con la apertura a la competencia y liberalización, lo que, a su vez, conformaba la base de la reforma estructural emprendida. Reforma profunda que inicia la Directiva 91/440/CEE del Consejo, *sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios*⁷ y tres sucesivos paquetes ferroviarios de Directivas, que analizamos a lo largo del capítulo I. Asimismo, dedicamos el último epígrafe del capítulo I a repasar la liberalización emprendida en el país con el mayor grado de apertura a la competencia⁸; efectivamente, en Reino Unido incluso se llega a la privatización del administrador de infraestructura y de la empresa ferroviaria, y además es el que más tempranamente se lanzó a esta tarea. Discutible es si los sonados accidentes de Hatfield se debieron a una falta de inversión en la infraestructura como consecuencia de la privatización o al despido masivo de experimentados ingenieros en una industria que necesita de una larga experiencia y conocimientos en la operativa de una determinada red ferroviaria.

- IV -

En el *iter* del estudio de la problemática del ferrocarril objeto de este trabajo de investigación nos encontramos, por una parte, un mercado en un profundo proceso de regulación sectorial, preconizado en la UE en base a su liberalización y apertura a la competencia. Por otra parte, nos encontramos con el Derecho de la Competencia, cuya misión es controlar que se mantengan las condiciones de competencia y se repriman las infracciones anticompetitivas en cualquier sector de actividad económica, y consecuentemente, en el mercado de transporte ferroviario. Ambas áreas normativas

⁷ Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, *sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios*, (DO L 237 de 24.8.1991, p. 25/28).

⁸ Véase el Anexo 13: '*Rail market opening score (2008)*' del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: '*Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*', [SEC (2009) 1687].

deben complementarse para revitalizar el ferrocarril en el seno de la UE.

Nos planteamos entonces, en primer lugar, si la reforma regulatoria sería suficiente para solucionar los fallos de mercado detectados, y, en segundo lugar, cuándo o como debía intervenir el Derecho de la Competencia en un mercado cuyo fin es la liberalización del mercado, y por tanto su desregulación. Dicha desregulación ha tenido que ir precedida, paradójicamente, a través de la regulación introducida a nivel comunitario, pero que tiene su repercusión en una reforma estructural profunda a nivel nacional.

En nuestra investigación pronto llegamos a un punto de confluencia en ambos regímenes normativos, precisamente en la organización estructural del mercado ferroviario. En otras palabras, ¿cómo introducir la competencia en un mercado de red, en el que asimismo la red e infraestructura básica constituye un monopolio natural? Pero es que, además, en el proceso de desintegración de la gestión monopolística de la infraestructura de los servicios de transporte ferroviario surge la necesidad de disciplinar el acceso a dicha infraestructura, para lo cual, la *doctrina de los recursos esenciales* (en adelante DRE/EFD) ha resultado ser el principio instrumental utilizado en este proceso.

La Comisión ha utilizado la DRE/EFD como paradigma en la liberalización de las industrias de red, como la industria de la energía, las telecomunicaciones, la postal, etc., y por supuesto, la ferroviaria, sirviéndose de los conceptos e instrumentos propios del Derecho de la Competencia, ámbito en el que esta doctrina se incardina. Asimismo, en la problemática del acceso a la infraestructura esencial ferroviaria, y a aquellos servicios ferroviarios relacionados que puedan considerarse esenciales, (conforme a la compleja regulación de estos últimos examinada en el capítulo IV en su último epígrafe), allí donde no llegue la previsión regulatoria, se utilizara la DRE/EFD, precisamente porque queda al control del Derecho de la Competencia la represión de los posibles abusos anticompetitivos.

- V -

Obviamente la gran dificultad añadida de este trabajo de investigación, al ya de por sí complejo estudio de la problemática del sector ferroviario, ha sido la profundización en los conceptos y definiciones del Derecho de la Competencia, por otra parte, inexistentes en el núcleo del Derecho de la Competencia de la Unión, recogido en los actuales

artículos 101 a 110 del TFUE, especialmente el art. 102, el cual es el marco jurídico de aplicación de la DRE/EFD.

Pero ahí no ha acabado nuestra labor de aprendizaje, en dos sentidos: por un lado, muchos de los conceptos del Derecho de la Competencia dependen de valoraciones y principios económicos, y además la tendencia actual es apoyar el método jurídico tradicional del Derecho de la Competencia en el análisis económico del mercado y sus efectos⁹. Por otro lado, que es también consecuencia del anterior, el estudio del mercado ferroviario implica el conocimiento de criterios económicos, que se dan particularmente en este sector específico, sirvan de ejemplo las economías de escala y alcance que se dan respecto a la infraestructura ferroviaria. Por esta razón, hemos dedicado el capítulo III al estudio del Derecho de la Competencia y, donde ha sido preciso, nos hemos referido a determinados conceptos económicos relacionados.

- VI -

Si cabría pensar que con la aplicación de la DRE/EFD podíamos resolver cualquier conflicto que pudiera plantearse en el acceso y entrada de competidores potenciales al nuevo mercado de servicios de transporte ferroviario, desafortunadamente, es una doctrina que no ha sido objeto de un desarrollo coherente y consistente, respecto a la cual los Tribunales de más jerarquía, tanto en USA como en la UE, han tratado de evitar pronunciarse.

Es generalmente reconocido que desde la aparición en 1912 del caso *United States v. Terminal Railroad Association*¹⁰, la Doctrina de los Recursos Esenciales ha sido un tema de debate doctrinal y disputa legal durante un siglo, especialmente porque al imponer un derecho de acceso a un recurso o instalación esencial se coarta la libertad comercial del

⁹ Con el fin de poner de relieve la importancia que va adquiriendo el análisis económico en los casos de competencia, recogemos las palabras del Abogado General Jacobs en sus Conclusiones en el asunto *Syfait*, con ocasión de la discusión sobre la composición del órgano de la Competencia: “En cualquier caso, cabe esperar que, un órgano jurisdiccional encargado de intervenir en un campo técnico complejo como el Derecho de la Competencia, en el que se necesitan conocimientos mercantiles y económicos, además de cualificaciones jurídicas, trabaje una menor proporción de personas con conocimientos meramente jurídicos”. En el párr. 33 de las Conclusiones del A.G. Jacobs presentadas el 28 de octubre de 2004, en el asunto C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros contra GlaxoSmithKline plc y GlaxoSmithKline AEVE*, Rec. 2005 página I-04609.

¹⁰ *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383, 56 L. edición 810, 32 S.Ct. 507 (1912).

propietario o gestor del mismo. Puesto que la DRE/EFD se ha desarrollado exclusivamente por la Jurisprudencia, hemos considerado fundamental analizar su evolución y conceptualización a través de los asuntos más destacados en el capítulo IV, y desde luego, aquellos en relación con el transporte ferroviario.

En el estudio de la EFD/DRE han surgido muchas cuestiones que siguen siendo objeto de debate tanto en la doctrina norte-americana como la europea. Se plantean muchas cuestiones que van desde si la generalización en su aplicación puede conducir a desincentivar a las empresas dominantes a invertir e innovar, la necesidad de la existencia de dos mercados en su definición, su misma limitación y alcance, o si deben diferenciarse los casos de recursos esenciales en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. Al estudio de las cuestiones planteadas, y cómo la doctrina y la propia Comisión Europea han tratado de dar respuesta a las mismas, dedicamos el capítulo V, con especial referencia, en su última parte, a los efectos y consecuencias que ha tenido su aplicación dentro del ámbito de la regulación ferroviaria, y dentro de ella, nos referiremos también a la figura del Organismo Regulador Ferroviario.

- VII -

De lo dicho hasta ahora se puede vislumbrar que hemos partido de la observación de una realidad que adolecía de una problemática; de acuerdo al método deductivo, hemos investigado las causas objetivas de tal problemática con el fin de poder valorar adecuadamente si existía una solución en la legislación aplicable, aunque fuera parcial, y si dicha legislación adolecía de posibles carencias o lagunas.

Asimismo, al encontrarnos con dos regímenes jurídicos que pretenden regular la problemática observada, hemos procedido, a la vez, a la interpretación de dichos regímenes normativos mediante un análisis inductivo de la Jurisprudencia, que nos ha llevado a conocer y profundizar en la evolución de la cuestión del acceso a los mercados y de la DRE/EFD.

La dificultad metodológica más importante que hemos afrontado en la estructuración del presente trabajo de investigación ha sido configurar el hilo conductor del mismo, para determinar a su vez la estructura analítica, conforme a la cual poner de manifiesto la complejidad de la problemática del sector ferroviario al que regulan dos regímenes

normativos que se superponen, solapan e ínter-relacionan, y que, a su vez, se complementan y se sirven el uno del otro. A las mismas autoridades de Competencia y regulatorias les son difíciles de distinguir y diferenciar en su aplicación.

También hemos encontrado especial dificultad en el estudio de la DRE/EFD por la falta de desarrollo e investigación de esta doctrina en el ámbito comunitario en contraste con su mayor desarrollo en la doctrina americana. Por esta razón en el estudio de la DRE/EFD se ha de tener en cuenta la diferente conceptualización que contiene el Sherman Act norte-americano respecto al Derecho de la Competencia europeo, y lo que esto implica cuando se pretende trasladar, con la debida perspectiva, las consecuencias de nuestra investigación, al régimen UE de la Competencia.

- VIII -

Por tanto, la lógica argumentativa de lo expuesto en esta Introducción General nos ha conducido a organizar nuestra investigación de la siguiente manera:

El capítulo I nos ayudara a situarnos en el contexto específico adecuado, con el estudio de la regulación llevada a cabo en el seno de la UE para la liberalización del transporte ferroviario y su apertura a la competencia, empezando en primer lugar por la Política Común de Transportes, en la que se enmarca. En una segunda parte del capítulo, analizaremos el desarrollo e implementación de los paquetes legislativos ferroviarios que condujeron a la liberalización del transporte internacional de mercancías por ferrocarril a partir del 1 de enero de 2006 y, un año después, del mercado doméstico de mercancías, e igualmente la liberalización del transporte ferroviario internacional de pasajeros a partir del 1 de enero de 2010, sin vislumbrarse la liberalización del mercado doméstico de pasajeros. Finalmente, incluimos un breve estudio de la liberalización llevada a cabo en el mercado ferroviario británico por ser la más avanzada no solo en el tiempo sino también en el grado de apertura a la competencia de su mercado. Constituye un ejemplo digno de consideración y de estudio de cuáles pueden ser las ventajas y los inconvenientes de un mercado ferroviario totalmente liberalizado.

En el Capítulo II se plantea la problemática del conflicto entre el Derecho de la Competencia de la UE y la regulación sectorial de los mercados, especialmente de los mercados en red o de infraestructura, como el del transporte ferroviario. Como hemos

visto en el capítulo I, la apertura de la industria ferroviaria a la libre competencia se lleva a cabo a través de una extensa regulación en el ámbito comunitario que pretende dar solución a los fallos propios del mercado ferroviario. Ahora bien, si corresponde al Derecho de la Competencia el control del mantenimiento de las condiciones de competencia en los mercados, y también del mismo mercado ferroviario, a través de la represión de las infracciones anticompetitivas ¿cuándo y cómo deben aplicarse entonces la normativa regulatoria y/o el Derecho de la Competencia en el mismo mercado de transporte ferroviario?

En el Capítulo III nos pareció necesario enmarcar jurídicamente el objeto clave de esta investigación: *la Doctrina de los Recursos Esenciales* (en adelante DRE/EFD). En efecto, esta doctrina pertenece al ámbito en el que nace, que es el Derecho de la Competencia. Por ello, dedicamos este capítulo a un estudio somero de los pilares en que se sustenta el Derecho de la Competencia en la Unión Europea, -con los que también se interrelaciona esta doctrina-. Así, veremos tanto las prácticas colusorias o carteles, como, sobre todo y más extensamente, los abusos de posición dominante, donde se ha venido a encuadrar particularmente a esta doctrina por la Jurisprudencia UE; también, el control de concentraciones entre empresas; y por último, las ayudas estatales. Este capítulo nos conducirá a entender y profundizar en las carencias de la figura del abuso de la posición de dominio, y de la denegación de suministro, y la necesidad de recurrir a la Doctrina de los Recursos Esenciales.

Los dos últimos capítulos están dedicados al estudio y análisis de la Doctrina de los Recursos Esenciales (DRE/EFD).

El capítulo IV está dedicado a los antecedentes y evolución jurisprudencial de la Doctrina de los Recursos Esenciales (DRE/EFD), ya que es una doctrina de creación y elaboración eminentemente casuística. El capítulo se divide en grandes partes, a través de las que se irá viendo el desarrollo, conceptualización y caracterización de la citada doctrina y sus requisitos de aplicación. En primer lugar, se estudian los precedentes norte-americanos desde su creación en 1912. En segundo lugar, se estudia su evolución en la Jurisprudencia UE, incluyendo su punto de inflexión con el asunto *Bronner*, a partir del cual se hace una aplicación más restrictiva de la doctrina. En tercer lugar, una vez analizados los antecedentes, se aborda la aplicación jurisprudencial de esta doctrina al transporte y, particularmente, al transporte ferroviario, incluyendo el estudio del mercado de los servicios ferroviarios relacionados.

El capítulo V profundiza en su concepto, elementos y requisitos, y revisa su categorización dentro de la denegación de suministro. Asimismo analiza las consecuencias de la aplicación de la DRE/EFD en el mercado ferroviario de la UE.

En nuestras Conclusiones finales pretendemos, además de subrayar los resultados de nuestro trabajo, resaltar las cuestiones de debate en torno a la aplicación de esta doctrina y dar unos esbozos sobre las posibles líneas de investigación futuras.

CAPITULO I

MARCO NORMATIVO DEL TRANSPORTE FERROVIARIO EN LA UNION EUROPEA: LIBERALIZACION DEL MERCADO FERROVIARIO. EXPERIENCIA BRITANICA.

I. INTRODUCCION: ¿POR QUE EL FERROCARRIL?

1. Ventajas e inconvenientes del ferrocarril
2. Panorama ferroviario europeo

II. EL TRANSPORTE FERROVIARIO DENTRO DEL MARCO DE LA POLÍTICA COMUN DE TRANSPORTES DE LA UNION

1. Generalidades de la Política Común de Transportes que afectan al transporte ferroviario
2. Derecho Originario
 - 2.1. El transporte como actividad con entidad propia
 - 2.2. El transporte como actividad económica
 - 2.3. Título VI TFUE: Transportes
 - 2.4. Las peculiaridades específicas del sector de los transportes
 - 2.5. Ámbito material de aplicación de la PCT
 - 2.6. Modificaciones del Tratado de Lisboa al título VI TFUE
3. Derecho Derivado

III. MARCO NORMATIVO DEL TRANSPORTE FERROVIARIO

1. Antes de la regulación comunitaria
2. La Directiva 91/440: el empuje para la liberalización
3. Estructuras corporativas de los administradores de infraestructuras
4. Primer Paquete Ferroviario
 - 4.1. Directiva 2001/12/CE, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios
 - 4.2. Directiva 2001/13/CE, por la que se modifica la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias
 - 4.3. Directiva 2001/14/CE relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización
 - A) Importancia del Organismo Regulador Ferroviario
 - B) Cánones de acceso a la infraestructura ferroviaria
 - C) RailNetEurope
 - 4.4. Balance: el primer paquete ferroviario tropieza con las disfunciones recurrentes del modo de transporte ferroviario
5. Segundo Paquete Ferroviario: Directivas 2004/49 (seguridad ferroviaria), 2004/50 (interoperabilidad) y 2004/51 (apertura del mercado), y Reglamento 881/2004 por el que se crea la Agencia Ferroviaria
6. Tercer Paquete Ferroviario
 - 6.1. Directiva 2007/58 por la que se modifican la Directiva 91/440/CEE y la Directiva 2001/14/CE
 - 6.1.1. La apertura del transporte ferroviario internacional de viajeros
 - 6.1.2. Las inversiones cuantiosas en infraestructura
 - 6.1.3 El régimen de intervención estatal en los servicios públicos ferroviarios

- 6.1.4. Régimen español respecto a los servicios de transporte ferroviario de interés público
- 6.2. Directiva 2007/59 de certificación de maquinistas
- 6.3. Reglamento 1371/2007 sobre los derechos y obligaciones de los viajeros de ferrocarril

7. Otras medidas

IV. LA EXPERIENCIA BRITÁNICA

- 1. El pasado del ferrocarril británico
- 2. Estructuración de la privatización
- 3. Network Rail
- 4. Transposición de las Directivas comunitarias
- 5. Perspectivas
- 6. Problemática de los ROSCOs
- 7. Reflexiones respecto a la experiencia británica

V. CONCLUSIONES DEL CAPITULO

I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ EL FERROCARRIL?

Desde 1970 se han producido en el ámbito del transporte nuevos fenómenos, tales como, la especialización de las actividades económicas y su deslocalización¹¹, la concentración de la producción en un menor número de sitios para conseguir economías de escala, las entregas justo a tiempo bajo principios logísticos¹², así como el paso de una economía de *stocks* o almacenamiento a una economía de flujo, factores que dependen considerablemente de la efectividad del sistema de transportes, lo que, a su vez, repercute sobre la eficacia de la economía en su conjunto.

Este impacto de la eficacia del sistema de transportes en la economía global se hace sentir dentro de la dimensión europea con un planteamiento clave: cómo fomentar un mejor equilibrio entre los diferentes modos de transporte y cómo aprovechar mejor las redes existentes.

Para dar respuesta a este planteamiento, la Política Común de Transportes (*en adelante PCT*) estableció como objetivos para el año 2010 integrar en un conjunto coherente el mosaico fragmentado de redes regionales y nacionales de transporte.

Dentro de este objetivo era fundamental la mejora y revitalización de los ferrocarriles europeos, con el fin de que el sistema ferroviario compitiera donde puede ser más ventajoso, es decir, desplazando al transporte por carretera en largas distancias y al transporte aéreo en cortas distancias. El transporte por ferrocarril es una de las grandes apuestas de la Unión en su Política Común de Transportes (PCT).

Otra prioridad sería también el fomento del transporte combinado (interconexión del transporte por carretera – transporte ferroviario; del transporte por carretera – transporte

¹¹ Una cierta actividad económica no tiene por qué ubicarse en un sitio determinado gracias a los avances del transporte. Esta afirmación conduce a una economía globalizada. Los avances informáticos y del transporte hacen que se pueda llevar a cabo la producción donde la mano de obra sea mas barata y el output resultante transportarse a cualquier parte del mundo.

¹² TRANNEWS - Newsletter from the European Parliament Committee on Transport and Tourism Number 26, 21 December 2006, Hearing 'Freight transport logistics in Europe – the key to sustainable mobility' Conferenciante: Ms Inés Ayala Sender (PSE, ES) Own-initiative report: “La Logística -cuyo significado puede resumirse como la gestión de materiales, capital e información- constituye un sistema muy complejo en el que muchas partes cumplen una función. El Transporte es una parte importante de la logística, pero solo el 10% depende de la infraestructura; el resto depende de sistemas y factores humanos. En logística los recursos humanos es el factor más importante y es necesario prestar mucha atención a este factor.”

marítimo; y, del transporte ferroviario - transporte marítimo), tanto para pasajeros como para mercancías.

1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL FERROCARRIL

En general, el modo¹³ de transporte ferroviario tiene una ventaja competitiva sobre el transporte por carretera en el desplazamiento de grandes volúmenes de mercancías. Por ejemplo, un tren puede contener más carga que un camión en un promedio de 50 a 60 camiones. Además, y especialmente, tiene grandes ventajas en el transporte de carga que tiene un valor bajo por unidad de peso, es decir, en el transporte a granel, como sería el del grano, el carbón, aceites, minerales y productos químicos. Para el resto de casi todos los servicios de transporte de mercancías, el ferrocarril debe soportar una fuerte competencia del modo de transporte por carretera. Cuando el volumen de tráfico de carga con origen o destino en un emplazamiento dado es excepcionalmente grande (e.j., carbón con origen en una mina de carbón, o grano con destino a un puerto), puede merecer la pena construir un enlace de ferrocarril específico que conecte con ese emplazamiento. Sin embargo, para la mayoría de los transportistas, el uso del modo ferroviario requerirá la utilización de otro modo de transporte adicional (como el coche o el camión) en el origen o el destino o en ambos. Este intercambio o manipulación adicional añade costes y tiempo a un recorrido ferroviario, lo que reduce su atractivo en relación con el transporte por carretera.

Los usuarios finales preferirán servicios sin interrupciones o intercambios. Cuando el transporte por ferrocarril debe servir áreas geográficas diferentes, la provisión de un servicio puerta a puerta sin interrupción a través de un área geográfica necesita de un grado de coordinación y cooperación entre las redes ferroviarias vecinas. Como mínimo, la provisión de servicios sin interrupción requiere que las redes transfronterizas compartan estándares y especificaciones técnicas comunes, tales como, ancho de vía, sistemas de señalización y tracción.

Por otra parte, el ferrocarril ofrece la ventaja de ser un modo de transporte seguro y limpio. Su infraestructura abarca gran parte del territorio de la Unión y, en general, está

¹³ Con la expresión “modo de transporte” se hace referencia a los distintos sistemas de transporte que existen, los cuales, en general, están sometidos a un régimen jurídico específico (aire, carretera, ferrocarril y mar). Por medio de transporte se entiende el vehículo o instrumento utilizado para ejecución del transporte (barco, avión, camión, tren).

en buen estado. Revitalizado el ferrocarril, éste ofrecerá una alternativa real a la congestión en las carreteras y el cielo europeos.

2. PANORAMA FERROVIARIO EUROPEO

Ante un imparable aumento del transporte de mercancías debido en gran parte al fenómeno de globalización económica y de la incorporación de los procesos logísticos, y ante una creciente internacionalización del transporte como consecuencia de la puesta en práctica efectiva de un Mercado Europeo sin fronteras interiores, la pregunta lógica a plantearse es si la Unión Europea cuenta con un sistema de transporte eficiente y capaz de enfrentarse a los retos de crecimiento previstos.

Es por estas razones que se pretende instaurar un sistema de transportes sostenible en Europa. Pero el panorama sigue siendo otro: la congestión provocada, especialmente por el transporte de mercancías por carretera, es un problema que han de afrontar, en diverso grado, todos los Estados miembros. Cerca del 20% del transporte de mercancías es de carácter internacional. Y dentro del ámbito ferroviario, el tráfico transfronterizo alcanza el 50% de todo el transporte de carga por ferrocarril¹⁴. El transporte de carga es el segmento con los índices de mayor crecimiento, sin embargo, en contraste, el transporte de carga por ferrocarril sigue perdiendo cuota de mercado¹⁵, principalmente debido al hecho de que no satisface las necesidades actuales de los usuarios.

El ferrocarril ha sufrido un gran declive. Desde 1970 a 1999, su cuota de mercado ha caído del 10% al 6% para el tráfico de pasajeros y del 21% al 8% para la carga, si bien se ha observado una estabilización desde el inicio del 2000¹⁶, a la que no está ayudando,

¹⁴ Datos del “Annual Report 2002/2003”, CER (Community of European Railway and Infrastructure Companies), p. 6.

¹⁵ La Comunicación de la Comisión “Hacia un área ferroviaria europea integrada”, 23 de Enero de 2002, (COM (2002)18 final), p. 21 dice: “En 1999, la demanda de transporte era de 2970 billones tonelada/km y de promedio cerca de 20 tonelada/km por persona y día. Desde 1970, esto se corresponde con un crecimiento del 121%. El transporte de carga por ferrocarril no pudo participar en este *boom*. Su porcentaje modal cayó del 21% en 1970 al 8% en 1999”.

¹⁶ La cuota del ferrocarril en el transporte de mercancías medida en toneladas-kilómetro, pasó en la EU-27 del 12,6 % en 1995 al 10,5 % en 2002, antes de alcanzar un 10,7 % en 2007. La cuota del ferrocarril en el transporte de mercancías terrestre también se estabilizó a partir de 2002, situándose en un 17,1 %, mientras que en 1995 era aún del 20,2 %. En el caso del transporte de viajeros, el declive registrado en las últimas tres décadas experimentó un parón en fecha reciente. La cuota del ferrocarril en el mercado del transporte de viajeros en la EU-27 pasó del 6,6 % en 1995 al 5,9 % en 2003, antes de remontar al 6,1 % en 2007, La cuota del transporte ferroviario de viajeros en el transporte terrestre ascendió al 6,9 % en 2007, frente al 6,5 % en

evidentemente, la crisis económica actual. Los trenes de carga internacionales cruzan la UE a una velocidad media de tan sólo 18 kilómetros por hora. La red ferroviaria tiene capacidad de sobra, sin embargo hay cuellos de botella (“bottlenecks”) donde los trenes de pasajeros y de mercancías comparten los mismos tramos de vía.

Desde principios de la década de 1990 el transporte de mercancías ha ido creciendo en la Unión Europea a un ritmo más rápido que el Producto Interior Bruto (cerca de un 3% en contraste con alrededor de un 2% de crecimiento del PIB¹⁷), lo que demuestra la alta intensidad de movilidad en mercancías que demanda el crecimiento económico¹⁸. De este modo, desde 1970 la demanda de transporte de mercancías ha crecido un 121% ¹⁹.

Sin embargo, uno de los problemas es que las redes ferroviarias nacionales están en general deficientemente conectadas entre sí y tienen normas técnicas y sistemas de señalización diferentes. Los viajes combinados en que se utiliza más de un modo de transporte —por ejemplo, la carretera y el tren o el tren y el avión— no se usan lo bastante. Los costes de construcción y mantenimiento de las infraestructuras de transporte no siempre se compensan adecuadamente con el dinero que los usuarios pagan por utilizarlas, especialmente en el caso de la carretera.

Por sí solos, los Estados miembros individualmente no podían solucionar óptimamente los problemas que surgen con un aumento constante del transporte internacional de mercancías por carretera. Por ello, la Comisión estimó que el problema es de una

2003. Son datos del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: 'Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario', COM (2009)676, párr. 17 a 20. Por otra parte, en algunos Estados miembros, se observó un resultado más dinámico, por ejemplo en el Reino Unido, donde el volumen transportado por ferrocarril ha aumentado un 50% desde 1994. Este crecimiento del tráfico en el transporte de mercancías por ferrocarril se debe, en particular, a un fuerte aumento del transporte de contenedores marítimos por ferrocarril en los puertos británicos, que alcanzó un 56% entre 1992 y 2001, como refleja la Exposición de Motivos Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *relativo a las indemnizaciones por incumplimiento de los requisitos contractuales de calidad en los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril*, COM (2004)144. A título comparativo, en Estados Unidos, el mercado ferroviario de carga representa un 41% del mercado de carga, y 8 empresas se reparten el 90% de ese mercado, el resto lo comparten cerca de 550 empresas pequeñas. Estas últimas a veces explotan una sola línea local de algunos kms, pero su papel principal es garantizar la conexión con los ejes importantes.

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al PE: 'Hacia un área ferroviaria integrada europea', Bruselas, 23.01.2002, COM (2002)18, p. 18.

¹⁸ De ahí, como se verá, que se intente el desacoplamiento del crecimiento del PIB del crecimiento del transporte.

¹⁹ Ibidem nota al pie 5.

dimensión europea y su solución de acuerdo con el principio de subsidiariedad²⁰. Si la promoción del transporte internacional de mercancías se dejara únicamente en manos de los Estados miembros, se producirían riesgos importantes de distorsiones graves de la competencia debido a la falta de coordinación y doble financiación. Con esta perspectiva en mente, la política de la Comisión se ha centrado en promocionar el ferrocarril, atrayendo hacia el mismo volúmenes de tráfico del transporte por carretera y equilibrando los diferentes modos de transporte.

Por otra parte, es bien sabido que el transporte por ferrocarril es considerado como un modo de transporte muy apropiado para transportar mercancías en distancias relativamente largas²¹. La fragmentación de los mercados nacionales ha perjudicado hasta ahora el potencial del ferrocarril, incluso su misma supervivencia, al menos para el transporte de mercancías. Por lo tanto, la demanda creciente de transporte como resultado de la creación del mercado interno y la dimensión europea de la economía que ha traído consigo, ha resultado en que la Comisión se centre en el aprovechamiento de las ventajas del transporte ferroviario.

Como panorama de fondo en una Unión ampliada y de una mayor globalización es importante subrayar que el tráfico internacional continuará creciendo significativamente en los próximos años. Tal desarrollo, desde luego, amenaza la eficiencia del sistema europeo de transporte, puesto que los efectos de congestión se agravarán debido a las serias limitaciones de capacidad en la infraestructura. Además, la tendencia actual de que el transporte se realice 'todo' por carretera va contra el objetivo de movilidad sostenible, ya que la contribución de este modo de transporte a la degradación medioambiental es de las más altas en relación con los otros modos de transporte. Así, la Comisión apunta que las contribuciones modales al transporte de mercancías deben estar más equilibradas que en el pasado. Colocando a los modos de transporte cuyo potencial no está totalmente explotado (como el ferrocarril) en una posición apropiada, podrán acaparar una cuota más alta del crecimiento futuro del transporte. Para ello el transporte ferroviario tiene que incrementar su competitividad.

²⁰ El principio de subsidiariedad es recogido tras el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, en el art. 5-3º TUE.

²¹ Rodrigue, J-P., "Rail Transportation", "...shipping costs decrease with distance and load", 1998, p. 3. Se puede consultar en <http://people.hofstra.edu/geotrans/eng/ch3en/conc3en/ch3c3en.html>

Si las dificultades que aquejan al sector del transporte son fáciles determinar, también lo son las soluciones. Muchas pueden aplicarse separadamente, pero la mayoría tienen que ponerse en práctica conjuntamente:

- Revitalizar el ferrocarril y otras alternativas al transporte por carretera.
- Trasladar el tráfico de mercancías de la carretera a modos alternativos de transporte, en especial el ferrocarril, pero también el transporte marítimo de corta distancia y el transporte por las vías de navegación interior.
- Fomentar los viajes en ferrocarril en lugar del avión en trayectos inferiores a los 400 kilómetros.
- Promover alternativas que combinen modos de transporte distintos, tanto para el tráfico de pasajeros como para el de mercancías.
- En los proyectos de redes transeuropeas²², centrar los esfuerzos en la eliminación de los principales cuellos de botella transfronterizos, en particular en el ferrocarril, como las travesías de los Alpes y los Pirineos.
- Trasladar el pago del uso de las infraestructuras e instalaciones de transporte a sus usuarios directos.
- Reducir la contaminación y las fuentes de contaminación y aumentar la seguridad.

Son todos objetivos que se recogen en el fundamental Libro Blanco 2001 “La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad”. El mismo Libro Blanco de 2001 establece como un objetivo primordial “Revitalizar el ferrocarril”²³. Es significativo resaltar, a los efectos que nos ocupan, lo que se dice en el mismo:

“El transporte ferroviario es el sector estratégico (en el sentido propio de la palabra) que condiciona, en particular, el éxito del reequilibrio en el transporte de mercancías. La revitalización de este sector requiere una competencia entre las propias compañías de

²² Las orientaciones comunitarias para el desarrollo de las RTE-T son el instrumento que tiene la Comunidad para definir políticas y planificar redes. Fueron adoptadas en el año 1996 y se modificaron por última vez en 2004, y cuentan con dos niveles de planificación: un nivel de redes de transporte global, que incluye proyectos para transporte ferroviario, por carretera, de vías de navegación interiores, de transporte combinado, aéreo y redes portuarias; y un segundo nivel de 30 proyectos prioritarios, es decir, una selección de proyectos de interés común. El 4 de febrero de 2009 vio la luz un amplio proceso de revisión de las RTE-T lanzado por la Comisión Europea al adoptar el Libro Verde COM (2009) 44 final. A continuación del proceso del Libro Verde, la Comisión prevé que las orientaciones de las RTE-T se revisen como una propuesta legislativa principal, planificada para finales de 2010.

²³ COM (2001) 370. En las *Orientaciones* del Libro Blanco.

ferrocarril. La llegada de nuevas empresas ferroviarias podría contribuir a reforzar la competitividad de este sector y deberá completarse con medidas que fomenten la reestructuración de las compañías, teniendo en cuenta los aspectos sociales y las condiciones laborales. La prioridad es conseguir la apertura de los mercados, no sólo para el transporte internacional de mercancías, lo que ya fue decidido en diciembre de 2000, sino también para el cabotaje en los mercados nacionales (para que los trenes no circulen vacíos) y, paulatinamente, para el transporte internacional de pasajeros. Esta apertura de los mercados debe completarse con una mayor armonización desde el punto de vista de la interoperabilidad y la seguridad.”

Como vemos, el transporte por ferrocarril es una de las grandes apuestas de la Unión en su Política Común de Transporte. La Unión dio el primer paso importante en esta dirección con la promulgación de la Directiva 91/440/CEE²⁴, y especialmente, más tarde, cuando en marzo de 2003 entró en vigor la legislación (*primer paquete ferroviario*) que permite a los operadores privados de ferrocarril competir con las compañías ferroviarias estatales en 50.000 kilómetros de vía de líneas principales²⁵ por las que circula entre el 70 % y el 80 % de la carga ferroviaria de la UE.

Ahora bien, el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril se está desarrollando, de algún modo, de manera diferente al panorama proyectado por la Comisión consistente en la liberalización y libre competencia por parte de un relativamente gran número de pequeños operadores de carga ferroviaria. Las alianzas se han extendido entre las compañías ferroviarias tradicionales²⁶, y aunque el Consejo de Ministros de Transporte Europeo de junio de 2001 previó un 25% de nuevos entrantes en el mercado, es poco probable que las nuevas empresas fusionadas o concentradas puedan considerarse como nuevos operadores, puesto que se están consolidando, no compitiendo.

²⁴ Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, *sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios*, (DO L 237 de 24.8.1991, p. 25/28).

²⁵ 50.000 kms en la Europa de los 15, puesto que como se puede ver en el párr. 40 del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: 'Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario', COM (2009) 676, “La longitud total de las líneas ferroviarias de la UE es de aproximadamente 212 000 km. Los Estados miembros con las redes más largas son Alemania (33 890 km), Francia (29 918 km) y Polonia (19 419 km) (véase el anexo 17). Malta y Chipre no disponen de red ferroviaria. La República Checa, Bélgica y Luxemburgo tienen la mayor densidad de líneas ferroviarias (122, 111 y 106 km/1000 km², respectivamente).

²⁶ Si bien es cierto, como dicen AGUADO, T. y RUIZ, A.: *El nuevo sector ferroviario y la competencia: detección de barreras a la entrada*, Adjudicación de ayudas a la investigación-XXIII convocatoria 2004, orden FOM/2844/2004, de 30 de julio (BOE 27/11/2004), pág. 20, que por las peculiaridades específicas del sector ferroviario de mercancías se necesitan alianzas internacionales o capacidad para establecer amplios corredores de mercancías de más de 500 kms. Para aprovechar las economías de escala.

Mientras se superan todas las barreras institucionales, culturales, comerciales y técnicas con el fin de lograr un mercado completamente integrado para el transporte ferroviario, a través de la regulación del sector ferroviario que se emprende en el seno de la Unión desde la Directa 91/440 citada, es obvio que los incentivos para el aumento de la competencia se desarrollaran lentamente y solamente de modo gradual, y por lo tanto, se preservará la posición dominante de mercado de los operadores nacionales tradicionales, o a través de alianzas entre ellos, durante mucho tiempo. Estas posiciones dominantes hacen muy difícil para la mayoría de nuevos operadores concluir contratos de transporte en términos justos y satisfactorios.

II. EL TRANSPORTE FERROVIARIO DENTRO DEL MARCO DE LA POLÍTICA COMUN DE TRANSPORTES DE LA UNION.

Teniendo en cuenta que los transportes son una competencia compartida en la Unión como determina el art. 4-2º, g) del TFUE, se nos plantean las siguientes cuestiones: ¿Cómo organiza la legislación comunitaria a la industria del transporte en el seno de la Unión? ¿Qué es y qué alcance tiene la Política de Transportes de la Unión (PCT)? ¿Qué disposiciones específicas se aplican al transporte ferroviario?

1. GENERALIDADES DE LA POLITICA COMUN DE TRANSPORTES QUE AFECTAN AL TRANSPORTE FERROVIARIO

Para dar respuestas a las cuestiones planteadas, en primer lugar, hemos de tener muy claro el orden de jerarquía normativa del Derecho Comunitario, para saber qué disposiciones afectarían al transporte ferroviario.

El primero en la jerarquía normativa comunitaria, y por tanto, de aplicación general por encima de toda disposición específica, es el Derecho originario o primario. En el transporte, este núcleo originario lo comportaba el Título V del Tratado de la Comunidad Europea; ahora es el Título VI del TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA (en adelante TFUE)²⁷, que es exactamente igual al título V del TCE y solo cambia

²⁷ Pertenece este título VI a la 'TERCERA PARTE: POLÍTICAS Y ACCIONES INTERNAS DE LA UNIÓN'. Que los Transportes es una política de la Unión también queda confirmado en el art. 13.

la numeración (ahora son los artículos 90 a 100). En consecuencia, el Transporte ferroviario, como sector de transporte y, dentro del mismo, del transporte terrestre, se encuadra dentro del marco de la Política Común de Transportes²⁸, y por lo tanto, la misma ordena y es de aplicación general al sector ferroviario.

En segundo lugar, se encuentra el Derecho Derivado de desarrollo de la Política Común de Transportes y que, por tanto, marca su evolución. También de aplicación general al transporte en su conjunto, no está conformado por actos o disposiciones jurídicas en sentido propio, sino por Comunicaciones, Memorandos y Libros Blancos, que aunque han de ponerse en práctica, no son normas vinculantes en sentido estricto (se las denomina 'soft law').

Por último, hemos de centrarnos en la regulación sectorial y específica del transporte ferroviario, que constituye el Derecho Derivado en sentido estricto. Este Derecho Derivado está sometido, en general, al Tratado o Derecho originario, pero que al regular específicamente los aspectos propios del transporte ferroviario, son sus disposiciones las que tienen una aplicación inmediata para la ordenación de este sector.

2. DERECHO ORIGINARIO

Empezaremos por analizar cómo el Tratado disciplina la actividad del transporte y, por tanto, las disposiciones que vienen de aplicación al transporte en general, y como parte del mismo, al transporte ferroviario.

2.1. El transporte como actividad con entidad propia

El transporte, en general, tiene una doble faceta. En primer lugar, el transporte condiciona significativamente los resultados de los restantes sectores productivos, sociales y de desarrollo, a los que presta servicio (movimiento de materias primas y de productos intermedios y finales de cualquier sector de producción y, movimiento de

Por otra parte, en el art. 4.2, g) se establece que los transportes es una de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros. El art. 2.2 explica cómo funciona el ejercicio de las competencias compartidas.

²⁸ El actual art. 90 que abre el título VI: 'Transportes', dice así: “Los objetivos de los Tratados se perseguirán, en la materia regulada por el presente título, en el marco de una política común de transportes.”

personas). En segundo lugar, el transporte constituye en sí mismo una industria con entidad propia, que tiende a mejorar su rendimiento y competitividad como actividad productora (producción de material de transporte, empleo que genera el transporte, aspectos fiscales del transporte, etc).

El desarrollo de un mercado interior²⁹ implica, entre otros requerimientos, un sistema de transportes eficaz que haga factible una movilidad efectiva de personas y mercancías, en su faceta de prestación de servicios, y por otro lado, supone, en términos prácticos y como industria con entidad propia, que un transportista pueda circular libremente y prestar sus servicios o ejercer su derecho de establecimiento en todo el territorio comunitario como si de un mercado nacional se tratara.

El desarrollo de un mercado interior necesita, como ya hemos puesto de manifiesto, un sistema de transportes eficaz en su doble faceta, como una actividad de prestación de servicios, y en segundo lugar, como una actividad con entidad propia, que se organiza con independencia y autonomía de otras industrias, y que puede ser ejercida en todo el territorio de la UE en igualdad de condiciones³⁰.

El Tratado en su origen³¹, y teniendo como su objetivo esencial la consolidación del Mercado Común, reguló el transporte en un título específico y como política común de

²⁹ Como ha puesto de relieve la Comisión Europea en la Comunicación sobre “Intermodalidad y transporte intermodal de mercancías en la UE” (COM (1997) 243, de 29 de mayo de 1997), en su primer párrafo estima que: “Un sistema eficiente de transporte es un requisito esencial para la competitividad en la UE. El previsible crecimiento del comercio internacional, la ampliación de la UE a los países del centro y este europeos y una mejor cooperación con los países mediterráneos, harán que el papel del transporte sea aún más importante”. Por otra parte, sobre la noción de mercado interior puede verse STOFFEL VALLOTTON, N., “Algunas consideraciones sobre las nociones de ‘mercado común’ y ‘mercado interior’ en el TCE”, *Gaceta Jurídica de la CE*, Serie D-24, Madrid, Octubre 1995, págs. 255 a 316

³⁰ El párr. 52 de la Comunicación adoptada el 17 de Junio 2009: *Un futuro sostenible para los transportes. Hacia un sistema integrado, tecnológico y de fácil uso* (COM (2009) 279) confirma que en el ámbito comunitario se entiende y promueve esta doble faceta del transporte, y que además, es fundamental para su competitividad mundial: “Europa es un líder mundial en muchos ámbitos del transporte, incluida la infraestructura, la fabricación de equipos de transporte, los servicios de transporte y la logística. En vista de la intensificación prevista de la competencia mundial, mantener y aumentar ese liderazgo constituye un factor clave para preservar la competitividad global de la economía comunitaria y también brindará a nuestra industria del transporte la oportunidad de abastecer a mercados nuevos y en expansión.”

³¹ En su origen, es el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea o TCEE, que fue firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 por Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos, entrando en vigor el 1 de enero de 1958. El Tratado de Maastricht o de la Unión Europea (TUE), adoptado el 7 de febrero de 1992 (entra en vigor el 1 de noviembre de 1993), modificó el título del Tratado anterior (art. 8 del TUE), suprimiendo la referencia al carácter “económico” de la Comunidad. Por tanto, a partir de entonces, su título oficial fue Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa,

transportes (en adelante PCT). Como hemos puesto de relieve ya, el transporte es, en sí mismo, una prestación de servicios. Sin embargo, el art. 58 del TFUE³² sustrae los transportes del régimen de libre prestación de servicios, remitiendo su regulación específicamente al Título VI, que constituye el núcleo del Derecho originario sobre transportes (arts. 90 a 100 TFUE). En consecuencia, el mismo Tratado trata al transporte como una actividad con entidad propia, pero sin olvidar que su objetivo es prestar servicios de movilidad para otros sectores³³, con el fin último de establecer un verdadero mercado interior.

La inclusión en el Tratado originario de un título especialmente consagrado al transporte dio lugar a una importante controversia³⁴ sobre el valor del resto del Tratado para los transportes, que enfrentó dos posiciones contrapuestas. Por un lado, se defendía el carácter unitario y general del Tratado, considerándose que no podía aislarse el Título VI del resto del Tratado. Tal tesis se apoyaba en los arts. 58 y 93. Ambas disposiciones prevén una excepción expresa, por lo que se deduce del espíritu del mismo Tratado, que al establecer exclusiones explícitas pretendía que el mismo se aplicara en su totalidad al sector. Por otro lado, la postura contraria defendía la exclusión del título del transporte del régimen de aplicabilidad general. Tal controversia quedó zanjada con la sentencia del TJCE de 4 de abril de 1974, asunto 167/73 *Comisión c/ Francia* ³⁵.

firmado el 13 de diciembre de 2007, y por el que se modifica el TUE y el TCE. Entró en vigor el 1 de enero de 2009 y desde esta fecha, el TCE pasa a llamarse Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). Ver art. 1 de la versión consolidada actual del TUE. Su párrafo tercero dice: “La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea.”

³² De interés es resaltar que el art. 58 está ubicado en el Tit. IV denominado “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, en su capítulo 3: “Servicios”: arts. 56 a 62. El art. 58.1 dice: “La libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes.”

³³ A diferencia de los servicios sometidos al régimen general de los arts. 56 a 62, la liberación de los servicios de transporte es ideada por el legislador comunitario dentro del marco de acción progresiva de su Título VI (arts. 90 a 100). La razón estriba en que los autores del Tratado originario ya estimaban que la liberalización de la industria del transporte entrañaría dificultades particulares debido a las peculiaridades propias del transporte, teniendo en cuenta, además, las diferentes características de cada modo de transporte.

³⁴ Ver MOLINA DEL POZO, C.F.: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª edición, Dijusa, Madrid, 2002, pp. 1122 y 1123.

³⁵ El recurso tuvo su origen en una Ley francesa según la cual un determinado porcentaje de los puestos de trabajo en los buques mercantes de este país debería ser ocupado por personas de nacionalidad francesa. La Comisión considerando que esta regla constituía un incumplimiento del principio de no discriminación entre trabajadores comunitarios del antiguo art. 39-2º, puso en marcha el procedimiento del art. 258 para su modificación. El Gobierno francés alegaba que los transportes no estaban sometidos a las reglas del Tratado, y por ello, la libre circulación de personas dentro del sector sólo debería implantarse cuando fueran aprobadas las normas necesarias en el marco de la PCT. Por tanto, defendía la inaplicabilidad del Tratado a los transportes y subsiguiente inaplicabilidad a los transportes no terrestres, excluidos del Tit. VI. En

En esta sentencia de 1974 el TJCE confirmó el ámbito económico universal del Tratado, cuyos principios y objetivos se extienden a toda actividad económica, aunque en ciertos casos, los medios para conseguir tales fines deban ser adecuados a las características peculiares de una u otra rama de la economía. Las disposiciones sobre competencia, fiscalidad, temas sociales, libre circulación de personas, etc. serán de aplicación al sector en cuestión siempre que medidas específicas dictadas de acuerdo con los arts. 90 y ss. del Tratado no estipulen condiciones particulares distintas.

El propio TJCE en la referida sentencia³⁶ decía que: “considerando que los transportes se materializan principalmente en prestaciones de servicios, se ha estimado necesario, habida cuenta de los aspectos especiales de esta actividad, someterlos a un régimen particular en la materia; con este fin se ha previsto una derogación expresa en el art. 58, párrafo primero³⁷ (...), confirmando así que, en la medida en que no han sido previstas otras derogaciones, las reglas generales del Tratado deben ser aplicadas”.

En consecuencia, la sentencia ha permitido ampliar la base jurídica sobre la que se edifica la PCT al reconocer la vinculación entre el Tít. VI de los transportes y los restantes preceptos del Tratado.

2.2. El transporte como actividad económica

El objetivo de la regulación comunitaria es promover, facilitar u orientar la actividad económica del transporte y, canalizar, asimismo, la movilidad, con criterios de sostenibilidad. Y así se establece el transporte como una competencia compartida en el art. 4.2, g), confirmándose en el art. 7 TFUE. Una Política Común de Transportes, queda establecida desde el mismo principio de la Comunidad Europea en el ahora Título VI del TFUE.

el mismo sentido, el TJCE reconoció en la sentencia de 30 de abril de 1986 (asunto C 209-213/84, *Ministere Public/ Asjes, Gray, Maillot, Ludiwig y otros*, REC., pp. 1425 y ss.), la aplicación de las reglas de la competencia comunitarias a los transportes aéreos.

³⁶ Ibidem STJCE de 4 de abril de 1974, asunto 167/73 *Comisión c/ Francia*, dentro de los Considerandos 25 a 28.

³⁷ Téngase en cuenta que he transcrito esta parte de la sentencia usando la numeración actual del TFUE.

Como sabemos, este título VI (como todo el Tratado) constituye el Derecho primario, de aplicación general y por encima del Derecho Derivado³⁸, que constituye ley especial respecto al Tratado.

Del mismo modo, la regulación específica que del transporte ferroviario hacen Reglamentos y Directivas (Derecho derivado), principalmente, constituye ley especial respecto a la normativa primordial y originaria de aplicación general que establece la PCT (título VI del TFUE).

La finalidad última de la PCT es “crear las condiciones necesarias para el desarrollo de un sistema de transportes eficaz, apto para satisfacer los requerimientos provocados por la expansión económica de los países miembros y por la realización del mercado común³⁹”. Teniendo en mente que la PCT debe hacer posible la instauración de un mercado común de transportes, para optimizar la eficiencia económica y social del sector es necesario liberalizar el mercado comunitario de transportes y con ello, abrirlo a la libre competencia en condiciones de igualdad.

A través de la PCT se habrían de eliminar los obstáculos erigidos por las legislaciones de los Estados miembros a la libre prestación de servicios de transporte; eliminar también las distorsiones de competencia resultantes de la aplicación de reglas diferentes a las empresas establecidas en los diferentes Estados miembros y entre los distintos modos de transporte⁴⁰, sobre todo a través de la aproximación de las legislaciones nacionales; y por último, la aplicación al sector del transporte de las reglas generales de competencia del

³⁸ El Derecho del Tratado es primario y por tanto, prevalece sobre legislación secundaria comunitaria (Directivas, Reglamentos, Decisiones), pero también sobre la legislación nacional, siendo subsidiario en lo que ésta no regule pues es ley especial. Tampoco debemos olvidar la aplicabilidad del principio de universalidad del Tratado, cuyos preceptos se aplican universalmente a todos los sectores de la economía, incluido el sector del transporte (aspecto que acabamos de tratar). En otro orden de cosas, para completar el panorama de los principios generales del Derecho Comunitario, recordar que respecto al principio de primacía del Derecho Comunitario, éste queda establecido de mano de la sentencia *Simmenthal* del TJCE (asunto 106/77, Rec. 1978, 629, considerando 17), que dice: “las disposiciones del TCE y los actos directamente aplicables tienen por efecto, dentro de los respectivos derechos internos de los Estados miembros, de hacer devenir inaplicable de pleno derecho, desde el mismo momento de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional”.

³⁹ Memorando de la Comisión sobre la *Orientación a dar a la PCT*, de 10 de abril de 1961, COM (61) 50 final, en su nota 8, 4º.

⁴⁰ Sin una competencia mejor regulada entre modos de transporte, es utópico pensar que pueda evitarse una nueva amplificación de los desequilibrios, con el riesgo de un cuasi monopolio del transporte de mercancías por carretera en una Unión Europea ampliada. Así pues, conviene controlar el crecimiento del tráfico vial y aéreo y librar una batalla en favor del ferrocarril y de los demás modos de transporte respetuosos del medio ambiente, para que puedan ser unas alternativas competitivas, véase en Libro Blanco de 2001, COM (2001) 370, en su primera parte: *Reequilibrar los modos de transporte, apartado I. Una competencia regulada*.

Tratado, con el fin de evitar las ayudas de Estado o los comportamientos anti-competenciales de las empresas que perjudiquen el buen funcionamiento del mercado común, al limitar o falsear el juego de la libre competencia.

2.3. Título VI TFUE: Transportes

El art. 90 TFUE insta la Política Común de Transportes. Se trata de una competencia compartida, puesto que se llevará a cabo, en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Comunidad, y “sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”⁴¹. Así pues, el principio de subsidiariedad, recogido en el art. 5.3 del TUE consolidado vigente, limita la competencia y la acción comunitaria. La otra cara de la moneda es que, la transferencia de competencia hacia la Comunidad, en la medida de su ejercicio por las instituciones comunitarias, implica, al mismo tiempo, una pérdida correspondiente de la competencia propia de los Estados miembros⁴².

⁴¹ Así lo dice el art. 5.3 del TUE actual (versión consolidada). Este mismo art. 5.3 en el párr. 2 remite al *Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, que trata de cómo las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad, si bien este nuevo Protocolo parece referirse más a la forma que al concepto, en contraste con su predecesor. En este sentido, véase el *Protocolo (nº 30) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, añadido por el Tratado de Ámsterdam y anejo al TCE. Su apartado 6 dice así: “La forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible, coherente con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz. La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas. Las directivas, tal y como se definen en el art. 249 del TCE, aunque obliguen al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejarán a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.” A las Directivas en particular nos referiremos en el cap. II siguiente como instrumento principal a través del que se introduce la regulación del transporte en la Unión.

⁴² La Unión combina dos características que la distinguen en sus fundamentos de otras organizaciones internacionales tradicionales. De una parte, está dotada de un sistema institucional que le permite la materialización de una voluntad autónoma en relación a la de los Estados miembros. De otra parte, se encuentra habilitada para adoptar actos jurídicos obligatorios para los Estados miembros. En consecuencia, puede entenderse que las competencias inscritas en los Tratados constituyen verdaderas limitaciones a las competencias de los Estados miembros. Además, sin duda, habrá de tenerse en cuenta el principio de la “*preemption*” u “*ocupación del terreno*” formulado en el art. 2-2º TFUE, que dice: “Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya.” Véase también al respecto el Protocolo nº 25 *sobre el ejercicio de las competencias compartidas* y la Declaración nº 18 *relativa a la delimitación de competencias*, anejos al Tratado de Lisboa.

Esta competencia compartida no implica que el Derecho comunitario prive necesariamente a los legisladores nacionales de su derecho de intervenir dentro de este dominio, puesto que el Derecho nacional es reclamado a completar el marco normativo resultante del Derecho europeo e impone, además, un deber de acción para los Estados miembros⁴³.

La puesta en práctica de los objetivos del Tratado dentro del dominio de la PCT para cada modo de transporte se realiza fundamentalmente por vía legislativa. La mayoría de los actos jurídicos en este campo son directivas⁴⁴ y reglamentos⁴⁵, y notablemente en menor medida, decisiones.

Sin embargo, se dejaron y se dejan ampliamente indeterminadas las materias que podían ser abordadas dentro del marco de la PCT, o lo que es lo mismo, su contenido. De este modo, este título VI es notablemente impreciso:

- No recoge definiciones de los principios, objetivos e instrumentos que han de orientar esta política. Este título VI se centra sobre todo en el objetivo de la libertad de circulación y en aspectos de la libre competencia⁴⁶.
- Respecto a los instrumentos que han de servir a la Política Común de Transportes, tampoco establece este título un núcleo central que cumpla esa función, sino una diversidad de intervenciones y medidas inconexas.

⁴³ Es el deber que impone el principio de “cooperación leal”, recogido en el art. 4-3º TUE consolidado, en su vertiente tanto positiva (“los Estados miembros adoptaran todas las medidas apropiadas...”) como negativa (“los Estados miembros...se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la UE”).

⁴⁴ El art. 288 TFUE enumera y define los instrumentos jurídicos vinculantes: directiva, reglamento y decisión. La directiva, al obligar al Estado miembro en cuanto al resultado, necesita de una interiorización, correspondiendo al Estado la ejecución normativa interna. La directiva tiene una vocación armonizadora. En el caso de que el derecho interno ya se adecue de antemano a la directiva, se recurre a la cláusula de interconexión en la legislación nacional, que obliga al Estado a indicar la directiva de la que trae causa.

⁴⁵ El reglamento es de alcance general, pero obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros. Por tanto, queda prohibida su interiorización en la legislación nacional, no solo material, también formal porque podría generar equívocos respecto al momento de su entrada en vigor y/o la naturaleza jurídica de las disposiciones aplicables. El reglamento tiene vocación unificadora de los derechos nacionales, por tanto, limita la intervención de los Estados a la mera aplicación (administración o gestión).

⁴⁶ Véase ORTIZ BLANCO, L., CABRERA, S. y SOPEÑA BLANCO, V.: “Las normas de competencia comunitarias en el transporte” en J.M. Beneyto Pérez (dir.) *Tratado de Derecho de la Competencia*, BOSCH, sept. 2002, pág. 1648, párr. 24.16 “Dentro del Tratado, sin embargo, las disposiciones relativas al transporte no establecen principios propios sobre los cuales establecer una política de transporte para la Comunidad”.

- El art. 91 TFUE no cita expresamente ninguno de los actos jurídicos tipificados en el art. 288 (reglamentos, directivas o decisiones), empleando en cambio expresiones sin ninguna significación jurídica en el Tratado: “normas comunes, condiciones, medidas o disposiciones oportunas”.
- El art. 91-1, en su letra d), confiere al legislador comunitario un extenso poder normativo para establecer “cualesquiera otras disposiciones oportunas” en el marco de la PCT⁴⁷. Esta habilitación legislativa tan imprecisa deja un gran poder de apreciación al legislador comunitario, en cuanto a la elección de las medidas (lógicamente distintas de los apartados a y b), en cuanto a su contenido y en cuanto al momento de su adopción.
- Tampoco se determinan las tareas específicas que habrán de llevarse a cabo (armonización de legislaciones, política de infraestructuras, etc.), por lo que será el poder discrecional del Consejo y PE, impulsado por las propuestas de la Comisión, el que determinará el grado e intensidad de la competencia comunitaria, que además variará de una materia a otra.

Por tanto, aunque política común, se construye escasa, fragmentaria y asistemáticamente como una suma de medidas aisladas más que un conjunto homogéneo y organizado de principios, objetivos e instrumentos.

Esta indefinición de los límites materiales de la PCT ha sido aprovechada por los Estados miembros (a través de su representación en el Consejo), que han entendido la PCT desde una óptica restringida en el sentido de limitarse a hacer desaparecer las disparidades más notorias en las normas aplicadas al transporte por los Estados y a regular en sede comunitaria materias que constituyen un serio obstáculo para el tráfico intracomunitario, en contra de la visión comunitaria global (de la Comisión y PE) de un programa coherente de normas interdependientes diseñado para obtener objetivos de

⁴⁷ En este orden de cosas viene a colación la sentencia *Schumalla* (STJCE de 28 de nov. de 1978, asunto 97/78), en la que se debatió la extensión de las competencias del Consejo. En relación con el Reglamento 543/69 relativo a la armonización de ciertas disposiciones nacionales en materia social en el campo de los transportes terrestres, se discernía si el Consejo era o no competente para aprobar un Reglamento propio de la legislación social fundándose en las atribuciones que le otorgaba el art. 91. El TJCE estimó que el artículo en cuestión, encomendando al Consejo la aplicación del art. 90 TFUE, le confería un amplio poder normativo en cuanto a las medidas a adoptar. Este asunto conecta a su vez, con la controversia a la que hicimos mención anteriormente, pues en la medida en que haya disposiciones específicas que establezcan condiciones particulares (sociales) de acuerdo con los arts. 90 y ss en el transporte, éstas serán preferentes al régimen general establecido en el Tratado, ampliando así, como hemos dicho, la base jurídica del Tit. VI por su relación con el resto del Tratado.

alcance supranacional a favor del interés comunitario. Estas discrepancias explican el lento avance en la construcción de la PCT, que se ha plasmado en la labor del Consejo⁴⁸.

Esta falta de una voluntad política para desarrollar una PCT se pone de manifiesto, en que la labor del Consejo (en aquel momento el único órgano con poder de decisión de la Comunidad) desde la misma creación de las Comunidades hasta 1980, está caracterizada por la ausencia de un plan de acción general, siendo así que el Consejo no se pronunció sobre las dieciséis propuestas que le presentó la Comisión en este sentido. La sentencia del TJCE de 1985 en el asunto 13/83⁴⁹ dio parcialmente la razón al PE, el cual denunció la omisión (primera sentencia de la Jurisprudencia comunitaria en la que se aprecia el recurso por omisión o carencia) por parte del Consejo, basada en la violación del TCEE por haberse abstenido de instaurar una PCT, y de fijar con carácter vinculante el marco de esta política y por no adoptar los mandatos del art. 91, apartados a y b. En cambio, la Corte no consideró obligatoria la adopción de las otras medidas propuestas por la Comisión. Esta sentencia contribuyó de manera decisiva a la superación de esta larga fase de inactividad legislativa⁵⁰.

⁴⁸ Olmedo Gaya, A., *El nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica*, Aranzadi Editorial, 2000: "Las dispares tradiciones históricas, las peculiares condiciones geográficas, los diversos planteamientos en materia de PCT y las reservas de los Estados a ceder competencias propias a las futuras instituciones comunitarias, también contribuyeron a que finalmente, sólo se establezcan unas reglas particulares del transporte en el TCE", (pág. 167).

⁴⁹ Sentencia 13/83, de 22 de Mayo de 1985, *Parlamento Europeo c/ Consejo* (Rec. 1985, pág. 1556). El recurso, basado en el antiguo art. 232, fue interpuesto por el PE, secundado por la Comisión. El Gobierno holandés sin embargo, sostuvo en el proceso las pretensiones del Consejo. El pronunciamiento del Tribunal desestimó en principio las pretensiones del PE en el sentido de que no podía reconocer si el Consejo había incumplido sus obligaciones del antiguo art. 71, pues el Consejo tiene total autonomía para decidir qué medidas habían de constituir la PCT. Sólo respecto al apartado b) del art. 71-1º declaró el TJCE la existencia de un incumplimiento por inacción. Se trata del establecimiento de la libertad de prestación de servicios de transporte, pues entendió que la obligación del Consejo es lo suficientemente clara como para que el poder discrecional de éste se limite a la elección de la modalidad de actuación, aceptando además las proposiciones de la Comisión de entre las dieciséis enumeradas, que puedan servir para hacer efectiva la libertad de acceso de los transportistas no residentes nacionales de los Estados miembros. El Tribunal hizo constar que estas medidas hubieran tenido que adoptarse antes del 31 de diciembre de 1969, y pidió al Consejo que las aplicase en un plazo razonable. El juez comunitario puede controlar que la acción del Consejo se ajuste a las atribuciones y objetivos recogidos en el Tratado cuando sea requerido para ello respecto de una medida concreta, pero no puede en ningún caso, sustituir al Consejo en sus funciones. A falta de disposiciones del Tratado precisando la amplitud material de la PCT, es el Consejo quien, en el ejercicio de sus competencias, fija su alcance y contenido.

⁵⁰ La Comunicación de la Comisión "Hacia una PCT" de 1983 analiza las causas de esta parálisis de la PCT en su apartado 4. Por su parte, es interesante reproducir aquí de las Conclusiones del Abogado General Dutheillet de Lamothé presentadas el 10 de marzo de 1971 (Rec. 1971 pág. 263), en el asunto 22-70, *Acuerdo europeo sobre transportes por carretera* (AETR), de la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, quien expuso: "Esto no es tan necesario como se dijo el otro día ante este Tribunal. Aun sin el reconocimiento de «implied powers», la Comunidad no está, en materia de transportes, en situación de «invalidez permanente», utilizando la expresión empleada el otro día por el Agente de la Comisión" (pag. 58).

2.4. Las peculiaridades del sector de los transportes

Peculiaridades del transporte como sector económico

Tampoco indica el Título VI del TFUE cuáles son o con qué criterios se determinan las “peculiaridades del sector de los transportes” (art. 91-1, primer párrafo) que hay que tener en cuenta en el establecimiento y desarrollo de la PCT. Sin embargo, al mismo tiempo, al mencionarlo está reconociendo expresamente que es un sector con peculiaridades propias, es decir, con características privativas respecto a otros sectores de actividad económica. Ahora bien, el mismo Tratado recoge implícitamente algunas de estas peculiaridades⁵¹:

- En su art. 93 porque autoriza las ayudas estatales “*que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público*”, constituyendo, por lo tanto, una excepción al régimen general de prohibición de ayudas de los arts. 107 a 109 TFUE⁵².
- En apoyo de lo dicho en el apartado anterior⁵³, el art. 14 TFUE, que fue introducido por el Tratado de Ámsterdam⁵⁴, impone a la Comunidad (y a los Estados miembros) el deber de velar por que los servicios de interés económico general “*actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido*”, y expresamente se indica, al principio de dicho art. 14, “*sin perjuicio de los arts. 93, 106 y 107*”.

⁵¹ Así lo ponen de manifiesto BIEBER, R., MAIANI, F. y DELALOYE, M.: “Droit européen des transports” en C. Kaddous y P. Mercier (Dir.) *Dossiers de Droit européen*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant LCDI, Bruselas, septiembre 2005, pág. 28.

⁵² La forma en que son organizados los servicios de interés económico general puede entrar en conflicto con las reglas del mercado interior, especialmente con las libertades de establecimiento, de libre circulación de mercancías, personas y servicios, y con las reglas de la competencia. La atribución a una empresa de obligaciones de servicio público se acompaña con la atribución de derechos especiales o exclusivos, susceptibles de atentar contra el ejercicio de las libertades reconocidas a otros operadores comunitarios (así, los antiguos monopolios ferroviarios que impedían el acceso a sus mercados nacionales a otras empresas establecidas en otro Estado miembro), y/o con financiación pública directa que puede a priori ser incompatible con la interdicción de las ayudas de Estado.

⁵³ Se asimila el concepto de servicios de interés general, que no existe en el Derecho español, con el de servicio público.

⁵⁴ Añadido por el art. 2-8º del Tratado de Ámsterdam, el cual fue firmado el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999. En rigor, el Tratado de Ámsterdam modifica el Tratado de la Unión Europea de Maastricht, y por ello, en consecuencia, el TCE.

- En el art. 94 porque exige al legislador comunitario en materia de precios y condiciones de transporte “*tener en cuenta la situación económica de los transportistas*”.

Por tanto, se dan en el sector del transporte unas implicaciones de orden económico y social que tradicionalmente han hecho necesario el recurso al intervencionismo como política habitual de los Estados, con el fin de aportar estabilidad para corregir las disfunciones típicas del mercado de los transportes⁵⁵, para asegurar un reparto óptimo del tráfico entre los diferentes modos de transporte, y para garantizar que la prestación de servicios de transporte sea accesible al mayor número de personas⁵⁶. El modo cómo se ordena y regula esta intervención pública cae dentro de la esfera del Derecho Administrativo.

Peculiaridades del transporte desde la perspectiva del Derecho de la Competencia

Ahora bien, cabe considerar también las peculiaridades del transporte desde otra perspectiva, desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Puesto que la competencia es el principio ordenador esencial de la economía europea⁵⁷, por principio son estos aspectos especiales o peculiaridades los que impiden un juego normal de la misma⁵⁸. Por tanto, la acción fundamental debe consistir en reducir estos aspectos

⁵⁵ Por enumerar algunas: - Las enormes desigualdades que existen entre las empresas de transporte desde el punto de vista de su estructura, clase, tamaño o funcionamiento. (Así, comparemos una empresa de aviación o ferroviaria con un pequeño empresario que tenga un solo camión),

- el hecho de que la competencia se produzca entre los diferentes modos de transporte y también en el seno de cada uno de ellos, que conforma la aparición de situaciones de desequilibrio, o incluso de competencia desleal,

- la pertenencia de las infraestructuras de transporte a los Estados, que directa o indirectamente, se ocupan de su creación, mantenimiento y financiación, lo que explica en cierta medida la existencia de las ayudas de estado,

- las circunstancias geográficas, económicas y sociales de cada Estado que determinan sus políticas estatales específicas y distintas unas de otras, que se manifiestan en acciones directas sobre los precios o las condiciones de transporte, en medidas fiscales o técnicas o en intervenciones financieras.

⁵⁶ El concepto de servicio público comprende obligaciones tales que una empresa no asumiría si actuase de acuerdo con criterios estrictamente de beneficio comercial.

⁵⁷ En particular, para cada modo de transporte la acción de la Comunidad se ha centrado generalmente en primer lugar, en la apertura de los mercados, y después en el buen funcionamiento del mercado común, véase LIBRO BLANCO de 2001 sobre el transporte de cara al 2010 ya citado. Véase también MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª edición, Dijusa, Madrid, 2002, en su cap. 24 de ORTIZ BLANCO, L., CABRERA, S. y SOPEÑA BLANCO, V.: “Las normas de competencia comunitarias en el transporte”, pág. 1646, párr. 24.6: “Según la Comisión, la política de la competencia debería garantizar, especialmente en el sector ferroviario, que la apertura del mercado que se pretende no se vea frenada por las compañías dominantes presentes en el mercado y no suponga un deterioro de la calidad de los servicios públicos”.

⁵⁸ Véase PELLISE CAPELL, J., *Mercado relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, 2002, pag. 97, cuando dice (citando a Lipsey y

especiales o en reducir sus efectos en la medida en que subsisten⁵⁹, a través de regulación fundamentalmente. Por tanto, las medidas a poner en práctica, entre otras, deben dirigirse a mejorar y aproximar las condiciones de explotación de las empresas en los diferentes modos de transporte, a fin de resolver, según un plan estructural, ciertos disfuncionamientos de la economía de los transportes⁶⁰ y, de eliminar gradualmente las intervenciones directas del Estado en relación a las capacidades y los precios. Asimismo, la armonización de las disposiciones nacionales en materia fiscal y social, y también de las reglamentaciones técnicas. Por último, la aplicación del Derecho de la competencia del Tratado para corregir las desigualdades y discriminaciones en los mercados liberalizados y garantizar el acceso a los mismos⁶¹, en particular, las reglas sobre las ayudas estatales, los acuerdos colusorios y las posiciones de dominio.

2.5. Ámbito material de aplicación de la PCT

El ámbito material de aplicación de este Título VI del TFUE se determina en el art. 100 TFUE para el transporte por ferrocarril, carretera y vías navegables (considerados en sentido amplio como transportes terrestres) desde el Tratado originario CEE, y dejando la navegación marítima y aérea a su posterior desarrollo. De este modo, la evolución y alcance de cada uno de estos sectores del transporte se ha visto también diferenciada por haber sido las disposiciones sobre el transporte marítimo y aéreo promulgadas con mayor retraso⁶².

El Acta Única Europea de 1986 sustituyó la regla de la unanimidad, en las disposiciones de aprobación del Consejo (ahora art. 100-2º TFUE), por el criterio de la mayoría

Christal): “nos daremos cuenta que las imperfecciones del mercado obedecen a la existencia de las llamadas barreras de entrada. Son obstáculos que sitúan a las nuevas empresas que desean entrar en una industria en una desventaja competitiva importante con relación a las empresas ya existentes en la industria”.

⁵⁹ Así lo dicen BIEBER, R., MAIANI, F. y DELALOYE, M., *Droit européen des transports*, p. 62, párr. 6.

⁶⁰ Los costes de transporte son considerados, en cierto sentido, barreras naturales. Sobre ello véase PELLISE CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante*, Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, 2002, pp. 97, 98, 99, 100 y 102.

⁶¹ Véase PELLISE CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante*, Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, 2002, pág. 30: “De ahí que cuando uno o varios agentes infringen las reglas de competencia..., se rompe el principio de igualdad de los competidores, quiebra la competencia, y aparece el monopolio y sus resultados. Por ello, el Derecho de la competencia quiere salvaguardar la igualdad formal y, en la medida de lo conveniente, también la igualdad material entre los competidores...”

⁶² Por ejemplo la liberalización del cabotaje marítimo se produjo en 1992, y del cabotaje aéreo en 1997.

cualificada para la adopción de una normativa en los ámbitos marítimo y aéreo, lo que fue esencial para su despegue y avance. En la actualidad, el PE y el Consejo tienen esta competencia normativa de acuerdo al procedimiento legislativo ordinario⁶³.

En general, las disposiciones del Título VI actual se pueden clasificar en dos grandes categorías⁶⁴, (a excepción de los arts. 98 a 100, que se tratan más adelante):

- los arts. 95 a 97 del TFUE regulan cuestiones puntuales al efecto, en general tratan de la eliminación de los obstáculos que los transportes pueden oponer a la realización del mercado común, principalmente respecto a los precios y condiciones de transporte. Estas disposiciones, por su propia dicción y por virtud del art. 100 TFUE, se aplican únicamente al transporte terrestre de mercancías⁶⁵.

- los arts. 90 a 94 del TFUE, que contemplan las actividades de transporte en cuanto tales, y no únicamente como factor de coste determinante del precio de las mercancías, y lo que constituye verdaderamente el núcleo de la PCT.

Particularmente, el art. 95 TFUE prohíbe la discriminación en las tarifas de transporte; bajo el fundamento del art. 95-3º, el Consejo adoptó el Reglamento nº 11 de 27 de junio de 1960⁶⁶ para dar cumplimiento al art. 95-1º y aplicación al art. 95-4º, respecto al poder de control de la Comisión en estos casos.

El art. 96 TFUE prohíbe las tarifas proteccionistas (que constituyen una clase de ayudas de Estado prohibidas por el art. 107 TFUE). Sin embargo, el art. 96-3º no prohíbe las tarifas de competencia⁶⁷, y por tanto, las permite. En la época de la promulgación del Tratado, los precios de los transportes ferroviarios se imponían siempre en virtud del art.

⁶³ Ver arts. 289 y ss. del TFUE, que explican este procedimiento ordinario y también el procedimiento legislativo especial.

⁶⁴ Ob. Cit. BIEBER, R., MAIANI, F. y DELALOYE, M.: *Droit européen des transports*, pag. 24.

⁶⁵ Como hemos visto el art. 100 excluye expresamente la navegación marítima y aérea, que se deja al Derecho Derivado.

⁶⁶ Reglamento nº 11 relativo a la supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones de transporte, en aplicación del apartado 3 del artículo 79 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, (DO 52 de 16.8.1960, pp. 1121/1126.)

⁶⁷ Las tarifas de competencia son aquellas tarifas particulares, que un transportista aplica en un trayecto determinado para evitar la competencia de otro transportista o para proteger su propio transporte contra la competencia de otro transportista. Son siempre tarifas a precios reducidos, propuestas por el transportista a sus clientes para proteger su parte de cuota de mercado frente a sus competidores, y por tanto, dentro de su propio interés comercial. Definición del Abogado General Roemer en los asuntos conjuntos 24/58 y 34/58, *Cámara Sindical de la siderurgia del Este de Francia*, Rec. 1960, 573, párr. 631.

96, y las tarifas de las empresas nacionalizadas de ferrocarril estaban sujetas a autorización por parte del Estado, puesto que las tarifas de competencia del 96-3º no eran más que tarifas impuestas por el Estado en los términos del 96-1º. De este modo, la existencia de tarifas de competencia impuestas por el Estado no era excepcional. Hoy en día, en cambio, las empresas ferroviarias son, en principio, libres de fijar sus propias tarifas en virtud de la Directiva 91/440, que trataremos más adelante. Desde entonces, el art. 96-3º ha perdido gran parte de su importancia original.

La razón por la que el art. 97 TFUE no exige que “los derechos y cánones” percibidos por los transportistas sean iguales a los gastos reales a que efectivamente de lugar el paso de fronteras es porque en el paso de fronteras, las empresas ferroviarias soportan también otros costes debidos a la ruptura de carga (por ej. cambio de locomotora y del personal de conducción al pasar de una red a otra). Es precisamente el sentido de la expresión “independientemente del precio del transporte”⁶⁸.

En fin, el art. 98 TFUE ya no es de aplicación (estaba previsto para la situación existente antes de la reunificación alemana, por lo que después de ésta -Noviembre de 1989-, ha quedado obsoleto⁶⁹); por su parte, el art. 99 TFUE crea un Comité Consultivo adjunto a la Comisión⁷⁰; y el art. 100 TFUE, que ya hemos mencionado, concentra la aplicación del título VI exclusivamente a los transportes terrestres (ferrocarril, carretera y vías navegables).

2.6. Modificaciones del Tratado de Lisboa al título VI TFUE

Por último para acabar este epígrafe, nos referiremos brevemente a las modificaciones que introduce el Tratado de Lisboa en el TFUE, si bien se trata de ligeros cambios y puntualizaciones en una cierta línea integracionista, a saber:

⁶⁸ Como ponen de relieve BIEBER, R., MAIANI, F. y DELALOYE, M., ob. Cit. “Droit européen des transports”, pag. 248.

⁶⁹ Citando a ROBLES CARRILLO, M.A.: “La Política Común de Transportes”, en M. López Escudero y J. Martín y Pérez de Nanclares (coords.) *Derecho Comunitario Material*, ed. McGraw Hill, Madrid, 2000, pag. 237.

⁷⁰ Su misión es asesorar a la Comisión en materia de transporte. El funcionamiento del Comité se regula en su Estatuto, aprobado por Decisión del Consejo de 15 de septiembre de 1958, por la que se establece el estatuto del Comité de Transportes en virtud del artículo 83 TCEE, (DO P 25 de 27.11.1958, p. 509), (posteriormente modificada, en 1964, por la Decisión 64/390/CEE del Consejo de 22 de junio de 1964).

- se sustituye el procedimiento de codecisión por el legislativo ordinario en el art. 91-1 TFUE
- se elimina la unanimidad del Consejo cuando la aplicación de medidas *pueda afectar gravemente al nivel de vida y empleo de ciertas regiones y a la explotación del material de transporte*, en el art. 91-2 TFUE, sustituyéndose por *se tendrán en cuenta*.
- se introduce más claridad en el art. 95-1, al sustituir “deberán suprimirse las discriminaciones de precios y condiciones de transporte por razón de su origen o destino” por “*quedan prohibidas*”
- se añade al art. 98 una previsión para su derogación a fecha 1.12.2014 por su obsolescencia (medidas para compensar las desventajas económicas por la división de Alemania)
- en los ámbitos marítimo y aéreo, se sustituye la mayoría cualificada por el procedimiento legislativo ordinario en el art. 100-2 TFUE

3. DERECHO DERIVADO

La evolución de la PCT se estructura en su origen en una serie de fases, que afectan al transporte ferroviario por constituir parte del transporte en general e integrarse en dicha política de transportes. Como dijimos más arriba, no se trata de disposiciones normativas en sentido propio, sino que vienen a hacer posible la evolución de la PCT en general.

1ª fase: de 1958 a 1972, que trataba primordialmente de alcanzar un mercado común de transportes, principalmente a través de la integración y la liberalización de los mercados nacionales de transportes, y específicamente, de los transportes terrestres.

2ª fase: 1973-1984, cuyo objetivo era el establecimiento de un sistema comunitario de transportes, caracterizado por una concepción más amplia de la política de transportes desde el punto de vista material y, en la que la Comisión profundiza en la puesta en práctica de acciones comunes. Se aborda el transporte marítimo y aéreo por primera vez,

y asimismo, la seguridad en los transportes, la protección del medioambiente y como factor de cohesión económica y social.

3ª fase: 1985-1992, marcada por el logro de un mercado interior, el esfuerzo de las instituciones se centró en la profundización y la realización de la integración económica en todos los dominios económicos y, así, en el dominio de los transportes.

4ª fase: 1992-1999, en la que la movilidad sostenible y el reequilibrio modal marcan las acciones comunitarias. Se publicó en 1992 el primer Libro Blanco de la Comisión en este ámbito, Libro Blanco *sobre el curso futuro de la PCT*, el cual hizo hincapié en la apertura de los mercados del transporte, creando así un sistema competitivo que conduciría a alcanzar una alta calidad y eficiencia⁷¹.

Los Programas de Acción

a) **El Programa de Acción⁷² de la Comisión de 1995** consiguió considerables progresos en la profundización del mercado interior de los servicios de transporte en términos generales, aunque el progreso no fue tan rápido en algunos puntos polémicos como los criterios para la tarificación por el uso de las infraestructuras de transporte y la internalización de sus costes externos (contaminación, congestión y accidentes)⁷³, temas que ya se plantearon en aquellas fechas⁷⁴.

⁷¹ Basado en la Comunicación de la Comisión “*El curso futuro de la PCT. Un enfoque global para la elaboración de un marco comunitario de movilidad sostenible*”, COM (1992) 494 final. A pesar de que en la página web de la UE se nombra como Libro Blanco no logramos encontrar su referencia, solo esta Comunicación que nos hace pensar que una y otra son lo mismo, así en 1992 no aparece en la lista de Libros Blancos. También se hace referencia a esta Comunicación como Libro Blanco en el cap. 24 del “*Tratado del Derecho de la Competencia*” coordinado por J. Maillo González Orus y dirigido por J.M. Beneyto Perez, de Ed. Bosch, 1ª edición de enero de 2005, en la pag. 1645, último párrafo y en las notas a pie 1 y 5 del citado capítulo.

⁷² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *La Política Común de Transportes – Programa de Acción 1995-2000*, (COM/95/302 final, 12.07.1995).

⁷³ De este modo, se conseguiría un mayor equilibrio entre el transporte por carretera y los demás modos de transporte, puesto que el transporte por carretera es el que más contamina y el que menos repercute sus costes externos. En este período surge el Libro Verde de la Comisión, de 20 de diciembre de 1995, “*Hacia una tarificación equitativa y eficaz del transporte-Opciones para la internalización de los costes externos del transporte en la UE*”, (COM (95) 691 final).

⁷⁴ Una de las principales causas del desequilibrio existente entre los diferentes modos de transporte se encuentra en su incapacidad de incorporar plenamente los costes sociales que provocan. El Libro Blanco sobre la Política de Transporte Europea de cara al 2010, ya citado, reconoce que al no repartirse equitativamente la carga que provocan los costes del transporte en la sociedad se produce una distorsión de la competencia entre los diferentes modos de transporte y entre los diferentes operadores de transporte. De este modo, una de las principales medidas

b) Tras el Programa de Trabajo de la Comisión para 1999⁷⁵, **el Programa de Acción del período 2000 a 2004** fue considerado como continuación a los dos Programas que acabamos de mencionar, permaneciendo como válidos sus objetivos estratégicos porque

debe ser la introducción de tarifas por el uso de la infraestructura de transporte que no solo recuperen los costes financieros y de operatividad y mantenimiento de la infraestructura, sino también los costes externos asociados con su uso, es decir, los costes asociados con los accidentes, la polución del aire, el ruido y la congestión. El problema se encuentra en cómo establecer estas tarifas. No solo porque es difícil cuantificar estos elementos, sino también porque para que los diferentes modos de transporte puedan competir en plano de igualdad, debemos cerciorarnos de que cada modo de transporte use los mismos principios para el cálculo de sus propios costes de infraestructura. El Libro Blanco de 22 de julio de 1998 de la Comisión “*Tarifas justas por el uso de las infraestructuras: Estrategia gradual para un marco común de tarificación de infraestructuras de transporte en la UE*”, (COM (98) 466), pretendió reemplazar gradualmente el mosaico de mecanismos de tarificación vigentes en los distintos Estados miembros y en los modos de transporte por un enfoque comunitario armonizado basado en el principio de la repercusión de los costes sociales marginales. En otras palabras, los costes variables que reflejan el coste de un vehículo más, o de una unidad de transporte adicional que utilice la infraestructura, y por tanto, se puedan incluir los costes de explotación, los costes relacionados con la degradación de las infraestructuras por el uso, los costes medioambientales, los costes relacionados con la congestión y con la escasez, y aquellos relacionados con los accidentes. En este contexto se propuso una Directiva marco para 2002 que estableciera los criterios de repercusión de estos costes y una estructura de tarificación para todos los modos de transporte. Tal propuesta dejaba en manos de los Estados miembros la articulación del marco que se proponía siguiendo una metodología estándar para establecer el nivel común de tarifas que incorporase los costes externos y las condiciones para asegurar una competencia leal entre los diferentes modos de transporte. Asimismo, cuatro propuestas de Directivas seguirían a la Directiva marco estableciendo en detalle la implementación práctica de tarifas para cada modo de transporte respectivamente, carretera, mar, ferrocarril y aviación. Lamentablemente, dichas propuestas no vieron la luz. Lamentablemente digo porque esta situación perjudicaba particularmente al transporte por ferrocarril, ya que un sistema más eficiente de tarificación le conduciría a jugar un papel mucho más amplio que el transporte por carretera para el sector de la carga. Es precisamente el ferrocarril el único modo que tiene una Directiva específica para una tarificación justa, a través de la Directiva 2001/14/CE *relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad*, a la que nos referiremos más adelante en profundidad. Establece en principio, una tarificación basada en los costes sociales marginales a corto plazo. Sin embargo, también flexibiliza este régimen para tener en cuenta la escasez de capacidad en la red, las necesidades de inversión y/o de financiación o cuando se produzcan distorsiones en otros modos de transporte. Por ello, su repercusión es muy limitada porque tal flexibilidad implica una continua y amplia variedad de estructuras y niveles de tarificación que puede perjudicar la competitividad del ferrocarril, especialmente en aquellos países con tarifas más altas, así como el tráfico en las rutas internacionales, en particular hacia, desde o a través de tales países con tarifas más altas. En Nash, C., Shires, J. y Matthews, B.: A Report to the Community of European Railways (CER): “The EU Transport Policy White Paper: An assessment of progress”, versión 1.1, Institute for Transport Studies, University of Leeds, Julio 2004, pp. 1, 10, 11, 26, 27, 28, 32, 33 y 37. En opinión de RAMOS MELERO, R., en “El paquete ferroviario 2001: nuevas vías para el ferrocarril de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 207, abril 2002, pp. 67-72, aunque las medidas liberalizadoras introducidas por los paquetes ferroviarios son un paso importante para lograr una mayor eficiencia, pueden no ser todo lo efectivas que se espera sin la realización de medidas de internacionalización de los costes externos por parte de los Estados miembros que incentiven la competencia intramodal. En efecto, no deben olvidarse las medidas armonizadoras necesarias para que el ferrocarril concorra en igualdad de condiciones con los otros modos de transporte, especialmente el transporte por carretera.

⁷⁵ Programa de Trabajo de la Comisión para 1999 - ‘Las prioridades de la Política de Transportes’ (COM (1998) 604 de 28.10.98), que cubre las acciones propuestas para los años 1998 a 2000.

los logros seguían siendo insuficientes⁷⁶. Los cinco objetivos⁷⁷ que se plantearon siguen siendo, aún hoy, cruciales para que el sistema de transportes europeo logre aprovechar todo su potencial. A pesar de lo mucho que se ha avanzado en este sentido, todavía quedaba por hacer, a saber:

- Completar la liberalización del acceso a los mercados de transporte y eliminar los obstáculos que aun existen, especialmente en el sector del transporte ferroviario y de los puertos;
- establecer un sistema integrado de transporte europeo;
- fijar un sistema eficiente y justo de tarificación intra e intermodal que disminuya las distorsiones de competencia no sólo entre los distintos modos de transporte, sino también entre los Estados miembros;
- la mejora de la dimensión social y laboral del transporte, y;
- la observancia de que las regulaciones sean implementadas correctamente, en particular en materia de competencia y ayudas estatales.

c) **El Libro Blanco de 2001.** La Comisión publicó en 2001 un Libro Blanco en el que fijaba un programa de política europea en materia de transportes hasta 2010. Consecuentemente, el Libro Blanco de 2001 sobre la política de transportes, al que nos hemos referido al principio del capítulo, constituyó un verdadero plan de acción para mejorar la calidad y la eficacia del sistema de transporte europeo. El objetivo final es adaptar los diferentes modos de transporte a las necesidades de los usuarios estableciendo como horizonte el año 2010, principalmente a través de la revitalización del ferrocarril, el fomento de los transportes marítimos y fluviales y el desarrollo de la intermodalidad.

d) **La revisión de 2006.** Este programa que establecía el Libro Blanco de 2001 se actualizó en su revisión intermedia de 2006⁷⁸ de evaluación de la ahora a veces llamada 'política europea de transportes' (PET); Comunicación que llamaba la atención a los cambios ocurridos desde 2001, tales como la ampliación de la UE, mayor inquietud respecto a la seguridad y el terrorismo, la aceleración de la globalización, los

⁷⁶ Véase en este sentido www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/24208.htm

⁷⁷ Estos cinco objetivos son sobre los que la Comisión ha basado el desarrollo de la eficacia y competitividad del sistema de transportes a través de los Programas de Trabajo mencionados, y que recoge y resume la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - *La Política Común de Transportes. Movilidad Sostenible: Perspectivas de Futuro*, (COM (1998) 716 final), capítulos III y VI.

⁷⁸ Comunicación de 22 de junio de 2006 'Por una Europa en movimiento. Movilidad sostenible para nuestro continente. Revisión intermedia del Libro Blanco del transporte de la Comisión Europea de 2001', (COM(2006) 314).

compromisos internacionales para la lucha contra el calentamiento global y la problemática del aumento de los precios de la energía.

e) **La Comunicación de 2009.** Como precursor del Libro Blanco de 2010, en el que la Comisión hizo públicas las medidas políticas para su adopción en la década de 2010-2020, es la Comunicación adoptada el 17 de Junio 2009, *Un futuro sostenible para los transportes. Hacia un sistema integrado, tecnológico y de fácil uso.*⁷⁹

El párr. 8 de esta Comunicación de 2009 dice: “La apertura del mercado se ha traducido en general en una mayor eficiencia y costes más bajos, tal como demuestra el transporte aéreo, el más avanzado al respecto. La UE está en vías de crear unas condiciones de competencia equitativas en un mercado del transporte cada vez más integrado, pero todavía hay que tratar problemas tales como las diferencias en los impuestos y las subvenciones. Merece la pena indicar que no sólo las grandes empresas, sino también las medianas y pequeñas (PYME) han sacado ventaja de la liberalización y la integración del mercado en los diversos modos de transporte.”

Sin embargo, no se ha avanzado demasiado en el cambio dentro del transporte a otros modos más eficientes, incluido el fomento del transporte marítimo de corta distancia, aunque se ha producido un cierto reequilibrio y parece haberse frenado la disminución relativa del transporte por ferrocarril. Con un 10,7 %, el ferrocarril de carga tenía la misma cuota modal en 2007 que en 2001.

La disociación del crecimiento del transporte del crecimiento del PIB, uno de los objetivos del Libro Blanco de 2001 y de la EDS (“Estrategia de Desarrollo Sostenible” lanzada en 2006), se ha producido en lo que respecta a los pasajeros, pues la demanda de transporte aumentó por término medio en un 1,7 % anual entre 1995 y 2007, frente a un aumento medio del PIB del 2,5 %. Sin embargo, la demanda de transporte de mercancías en la UE, por otra parte, creció por término medio en un 2,7 % anual, o sea más que el PIB. El fuerte incremento del comercio mundial y la integración creciente de la UE ampliada han impedido la disociación del transporte de mercancías del PIB en la última década. El crecimiento del transporte de mercancías está también ligado a las prácticas económicas. Además, el incremento de la actividad de transporte ha acrecentado la preocupación por la sostenibilidad medioambiental. De hecho, la tasa de crecimiento de

⁷⁹ COM (2009) 279, DG de Energía y Transportes.

emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) no ha sido tan alta en ningún otro sector como en los transportes⁸⁰.

En esta Comunicación de 2009 se entiende que una mejor explotación de la capacidad de la red de transporte y de las ventajas relativas de cada modo podría contribuir en gran medida a la reducción de la congestión, de las emisiones, de la contaminación y de los accidentes, lo cual requiere la optimización y el funcionamiento de la red como una única entidad, mientras que las redes modales están ahora muy separadas e, incluso dentro de los mismos modos de transporte, existe una falta de integración entre los países.

En especial, en lo que respecta al transporte de pasajeros, la integración del transporte aéreo con el tren de alta velocidad será crucial. En cuanto al transporte de mercancías, un sistema logístico inteligente e integrado debe hacerse realidad, con el desarrollo de los puertos y de las terminales intermodales como elemento fundamental. La infraestructura debe mantenerse en buen estado y hay que coordinar las obras de mejora para disminuir los accidentes y los costes de funcionamiento, además de la congestión, la contaminación y el ruido. Deben proyectarse y recibir prioridad nuevas infraestructuras al efecto de aumentar al máximo las ventajas socioeconómicas, teniendo en cuenta las externalidades y los efectos en toda la red.

También es previsible que el sector del transporte tendrá que autofinanciarse cada vez más, también en relación con la infraestructura. Las tasas de congestión, que representan el coste de la escasez de infraestructura, pueden dar una buena indicación de las necesidades de nueva capacidad y aportar financiación para la creación de infraestructura o para soluciones de transporte alternativas.

Por su parte, la Comunicación de 2008 '*Estrategia para la aplicación de la internalización de los costes externos*'⁸¹, refleja la necesidad de la internalización de estos costes en todos los modos de transporte para que los costes soportados por los usuarios incluyan los efectos externos pertinentes en todos los modos y vehículos⁸². Esta Comunicación contempla, entre otras cosas, la inclusión del transporte aéreo en el régimen comunitario

⁸⁰ Véase '*EU Energy and Transport in Figures. Statistical Pocketbook 2009*' (Estadísticas sobre transporte y energía en la Unión Europea en 2009), DG Energía y Transportes (2009).

⁸¹ Comunicación de 8 de julio de 2008, COM(2008) 435.

⁸² Véase el Informe de Delft, CE '*Internalisation measures and policies for the external cost of transport*', producido dentro del programa '*Internalisation Measures and Policies for all external cost of Transport*' (IMPACT) – *Deliverable 3*, Junio 2008.

de comercio de derechos de emisión desde 2012 y la introducción de tasas de internalización para los vehículos pesados de transporte de mercancías.

Por tanto, la Comisión en esta Comunicación de 2008 propone revisar la Directiva 1999/62/CE con objeto de permitir la tarificación de los costes externos⁸³. La revisión girará en torno a los siguientes ejes: 1) consideración de los costes externos de la contaminación atmosférica, del ruido y de la congestión, 2) establecimiento de mecanismos de coordinación comunitaria, con un método común y valores máximos para el cálculo de las tarifas, 3) asignación de los ingresos al transporte. La internalización de los costes externos permite asimismo utilizar los instrumentos más adecuados a fin de estimular a los usuarios para que desarrollen comportamientos más sostenibles.

Respecto al transporte ferroviario, la Directiva 2001/14/CE permite la internalización de los costes externos. Sin embargo, aunque la internalización implica el aumento del nivel de ingresos del administrador de la infraestructura, la Directiva sólo la permite si también se produce un aumento equivalente en los demás modos de transporte competidores. Así pues, la revisión de la Directiva 1999/62/CE brindará la posibilidad de internalizar los costes externos en el transporte por carretera, que compite con el transporte por ferrocarril. Por otra parte, en este sentido, el ruido sigue siendo el desafío más importante para el transporte ferroviario.

En suma, la UE se ha embarcado en un proceso de liberalización del mercado, en el que un número cada vez mayor de empresas opera en varios modos y mercados nacionales, lo que redundará en beneficio de los resultados económicos generales y del empleo en la UE. Sin embargo, en los mercados parcialmente liberalizados se corre el riesgo de que los operadores activos en un entorno protegido, en la práctica, subvencionen sus operaciones en los mercados liberalizados. Por ello, resulta esencial la realización del mercado interior con un cumplimiento estricto de las normas sobre competencia. La crisis financiera en la que nos encontramos inmersos no ayuda para la liberalización y crecimiento del mercado europeo, al contrario, todo parece estar en suspenso, tendiendo los mercados nacionales a protegerse de la competencia exterior.

⁸³ La Directiva de 1999 sobre la tarificación de los vehículos pesados prohíbe incorporar un elemento de costes externos en el cálculo de los peajes. Esta Directiva se modificó en 2006 a fin de modular las tarifas en función de las características medioambientales de los vehículos. Con todo, a excepción de las zonas de montaña y sólo en determinadas condiciones, los ingresos de los peajes no pueden rebasar los costes de las infraestructuras, incluso en las regiones con más contaminación o congestión.

En cualquier caso, unas nuevas normas de liberalización de los mercados combinadas con una aplicación eficaz y real de la legislación vigente revestirán especial importancia en el sector ferroviario. Los grandes operadores logísticos multimodales cuentan con los conocimientos técnicos y los recursos necesarios para efectuar inversiones con tecnologías avanzadas y para participar en proyectos de asociación entre el sector público y el privado, pero los poderes públicos deben velar por que no se impida el acceso de terceros a la infraestructura. La posible creación de gestores de infraestructura transnacionales sería una novedad oportuna que podría reducir las fricciones que todavía existen en la actualidad⁸⁴.

Finalmente, es significativo mencionar el estudio de Steer Davies Gleave: '*Evaluation of the Common Transport Policy (CTP) of the EU from 2000 to 2008 and analysis of the evolution and structure of the European transport sector in the context of the long-term development of the CTP*', publicado en Agosto de 2009. El propósito del estudio es valorar los principales logros del sector del transporte europeo y de la política de transporte de la Unión entre 2000 y 2008, con el fin de informar sobre el desarrollo de la misma para el futuro.

Valora este estudio, al mismo tiempo, la extensión del logro conseguido de los objetivos descritos en el Libro Blanco de 2001 y la revisión intermedia de 2006. Establece *Recomendaciones*, tales como que se continúe el esfuerzo de liberalización del sector ferroviario, en particular asegurarse de que todos los Estados miembros implementen completamente y apliquen los paquetes de Directivas que se han integrado en sus legislaciones⁸⁵. Existen todavía barreras de mercado a la entrada como resultado de la estructura de la industria, y las restricciones técnicas.

Con todo, según indica la Comisión en su informe provisional de 2007, “el sistema de transporte europeo aún no sigue en varios aspectos una senda sostenible”⁸⁶.

⁸⁴ En los párr. 80 a 83 de la Comunicación de 2009, COM (2009) 279.

⁸⁵ Sobre la implementación de los paquetes de Directivas haremos hincapié en el siguiente capítulo.

⁸⁶ Comunicación de 22 de octubre de 2007 '*Informe provisional sobre la Estrategia de Desarrollo Sostenible*', (COM(2007) 642).

III. MARCO NORMATIVO DEL TRANSPORTE FERROVIARIO

Una vez repasadas, en general, las bases de la Política de Transportes de la Unión, nos vamos a centrar en este epígrafe en la regulación llevada a cabo respecto al específico sector del Transporte Ferroviario.

La liberalización es una condición de primer orden para la introducción de la competencia en el sector ferroviario. Desde el punto de vista legislativo, a partir de los años noventa se adoptaron a escala comunitaria varias medidas y, en particular tres paquetes legislativos, a fin de crear un espacio ferroviario europeo basado en la libre competencia entre empresas ferroviarias. Esta liberalización está alcanzando una fase decisiva. Mientras que la apertura del mercado afectó tan sólo, en primer lugar, al transporte de mercancías, a partir del 1 de enero de 2010 también se ha abierto a la competencia el tráfico internacional de viajeros.

De este modo, con el fin de revitalizar el ferrocarril europeo, la acción en el ámbito comunitario se dirigió a garantizar una competencia factible a través de la apertura de los mercados y la transformación de sus estructuras monopolistas. Efectivamente, el fortalecimiento de las fuerzas de mercado contribuye al aumento de la eficiencia⁸⁷.

En este sentido, la Comisión identificó el núcleo del problema económico en la liberalización de las industrias de red. Esto es, que la infraestructura en la red ferroviaria constituye un monopolio natural⁸⁸ incontestable, que combina economías de escala con altos costes hundidos⁸⁹. Las consecuencias de esta característica específica del sistema ferroviario son que:

- el acceso a la infraestructura es un pre-requisito para el suministro de servicios; aquí enlazando con la Doctrina de los Recursos Esenciales (en adelante DRE/EFD), es decir, la indispensabilidad del acceso a un recurso esencial para poder suministrar servicios en un mercado relacionado⁹⁰;

⁸⁷ Como veremos en el capítulo III, el juego de las fuerzas de mercado trae consigo las funciones positivas de la competencia: reducción de costes y precios y aumento de la calidad.

⁸⁸ El Considerando 40 de la Directiva 2001/14 dice: “La infraestructura ferroviaria es un monopolio natural;”.

⁸⁹ El problema del déficit de los monopolios naturales causado por los altos costes fijos de la infraestructura. Véase al respecto el capítulo III de esta tesis, también su capítulo V.

⁹⁰ El Considerando 33 de la Directiva 2001/14 dice: “Conviene definir los componentes del servicio de infraestructura esenciales para que el operador pueda desarrollar su actividad, y que éstos deben prestarse por un canon de acceso mínimo.”

- el gestor o propietario de la infraestructura se halla en una posición monopolista, y por tanto, no se encuentra presionado por una competencia actual o potencial⁹¹. Por lo que, puede establecer los precios de acceso por debajo del coste marginal, de modo que no se maximiza el bienestar social. Asimismo, puede discriminar a los “entrantes” u operadores de servicios ferroviarios en la adjudicación de la capacidad de la infraestructura.

Asimismo, se hicieron necesarias acciones suplementarias para el logro de los objetivos planteados. Consecuentemente, la política ferroviaria preconizada por la Comisión se extiende más allá de la apertura del mercado y de la regulación de monopolios. La competencia en el sector ferroviario sólo puede establecerse si se garantiza un acceso no discriminatorio al mercado. Los gestores de la infraestructura que tratan a los suministradores de servicios desigualmente a la hora de adjudicar los surcos ferroviarios se produce particularmente en el caso de empresas ferroviarias verticalmente integradas. Mientras que el gestor de la red y los suministradores de servicios de transporte estén estrechamente vinculados entre sí, el primero tendrá el incentivo de favorecer a su 'propia' empresa.

En torno a esta problemática gira principalmente la regulación establecida por la Comisión, por lo que veremos como tratan las Directivas de atajar estas inquietudes. En cualquier caso, son los Estados miembros en primera instancia responsables de la organización de sus infraestructuras de transporte. En efecto, ello queda confirmado por la promulgación de Directivas, las cuales sólo imponen unos estándares de aplicación mínimos a implementar por todos los Estados miembros⁹².

Asimismo, con la apertura de los mercados nacionales europeos, los competidores de otros Estados miembros pueden penetrar y acceder a otros mercados nacionales. Por esta razón, la regulación sectorial también cumple una función integradora y, consecuentemente, la Comisión lleva a cabo una labor de armonización, principalmente a través de las Directivas, lo que no significa que la legislación nacional deba ser idéntica en todos los Estados miembros, sino que cumpla una función uniformizadora⁹³.

⁹¹ El Considerando 33 de la Directiva 2001/14 dice: “Dada la posición monopolística de los administradores de infraestructuras...”

⁹² Esta cuestión se desarrolla en profundidad en el siguiente capítulo, epígrafe III.

⁹³ STOCKMANN, K.: “Comment”, en Ullrich, H. (Dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, 2006, Ascola, pág. 256.

Por otro lado, aparte de los esfuerzos de liberalización del mercado comunitario, la Unión persigue otros objetivos políticos como la protección medioambiental y del consumidor.

1. LA SITUACION ANTERIOR A LA REGULACIÓN COMUNITARIA

Los mercados ferroviarios nacionales estaban fuertemente regulados y cerrados a la competencia, debido no sólo a razones proteccionistas en un sentido económico sino también estratégico, constituyéndose las empresas ferroviarias como propiedad del Estado en monopolios legales integrados⁹⁴.

El marco normativo estaba por desarrollarse conforme al art. 91 del Tratado (en la numeración actual del TFUE), según el cual debía legislarse en relación a⁹⁵:

- “los transportes internacionales que afecten a los Estados miembros;
- las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales dentro de un Estado miembro;
- medidas para mejorar la seguridad en el transporte.”

La Comisión Europea, en su enfoque del objetivo de la liberalización del mercado ferroviario europeo, tuvo muy presente dos circunstancias fundamentales: la primera, cumplir con la obligación de aplicar los principios fundamentales de liberalización del Tratado al sector de los transportes, especialmente al sector ferroviario; la segunda, atajar la disminución de la cuota de mercado que soportaba el transporte por ferrocarril y la degradación de su situación financiera.

⁹⁴ Véase el apartado IV de este capítulo I de este trabajo titulado 'la experiencia británica' en que se describe el origen en Europa de las industrias ferroviarias nacionales.

⁹⁵ En su Libro Blanco sobre la política de transporte europea de cara al 2010 (COM (2001) 370 de 12 Septiembre 2001), la Comisión indicaba aún (a pesar de lo tardío de la fecha, 2001) como esperaba implementar los objetivos políticos principales de la PCT sobre la base del art. 91 del Tratado.

En consecuencia, la liberalización implicaba la apertura del mercado ferroviario a la libre competencia, y con ello, la libre prestación de servicios dentro de todos los Estados miembros y la libertad de establecimiento de las empresas ferroviarias en cualquier Estado miembro.⁹⁶

Sin embargo, la realización de un mercado integrado y abierto a la competencia no se encara efectivamente respecto al sector ferroviario hasta principio de la década de los 90.

2. LA DIRECTIVA 91/440: EL EMPUJE PARA LA LIBERALIZACIÓN

La primera medida legislativa europea en este sector, adoptada por el Consejo, fue la Directiva 91/440 *sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios*⁹⁷. Se considera como precedente de la misma, la Comunicación de 1990 titulada 'Política Ferroviaria Comunitaria'⁹⁸. A pesar de la tradición monopolística que caracteriza a los ferrocarriles, la Directiva 91/440 constituye en palabras de la Comisión “un jalón muy importante en la liberalización del sector ferroviario”⁹⁹.

Emprende pues esta Directiva el largo camino de la reforma estructural del sector ferroviario comunitario, que comprende cinco puntos clave:

- Acceso libre y apertura de mercado
- Separación de la gestión de la infraestructura de las operaciones
- Diferenciación entre el transporte de pasajeros y el de carga
- Regulación de los servicios relacionados de transporte¹⁰⁰

⁹⁶ SALQUE, C.: “Integration du marche europeen des transports ferroviaries et nouvelle strategie des enterprises ferroviaries historiques europeennes”, *Revue du Droit de l'Union Europeenne*, n° 1/2006, (pp. 51 a 109). En su pag. 52 dice: “Pour la Commission, le transport ferroviaire ne peut connaitre de véritable développement sans libération.”

⁹⁷ Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (*Diario Oficial* n° L 237 de 24/08/1991, pp. 25 a 28).

⁹⁸ COM (89) 564, (DOCE C 34, de 14 de febrero de 1990, pág. 8).

⁹⁹ Así lo dice el XXIII Informe sobre la política de la competencia de 1993 de la Comisión Europea, pág. 90.

¹⁰⁰ Respecto a los servicios relacionados o auxiliares, como regla general, los enormes costes fijos y hundidos (no recuperables) que conlleva el establecimiento de, por ejemplo, un enlace ferroviario entre dos lugares en concreto implica que es ineficiente duplicar un enlace existente, a menos que el enlace existente haya alcanzado su capacidad plena. Puede ser también económicamente inviable duplicar otras instalaciones de infraestructura, tales como estaciones de ferrocarril o instalaciones de conmutación o derivación. Por otro lado, los trenes (locomotoras y material rodante) generalmente no conllevan inversiones hundidas (porque en algunos casos pueden ser alquiladas o, incluso si son compradas, pueden revenderse en otros mercados). Pero

Antes de analizar esta Directiva, es importante resaltar las definiciones que se establecieron en la misma para el entendimiento común y uniforme de los conceptos relacionados clave. Para ello el art. 3 de la Directiva estableció definiciones (las mismas que se recogen en las Directivas siguientes) de lo que ha de entenderse por “empresa ferroviaria”, “administrador de la infraestructura”, “infraestructura ferroviaria”, “agrupación internacional”¹⁰². Es, por tanto, importante retener estas definiciones porque constituyen la conceptualización utilizada y de la que parte la Jurisprudencia, la doctrina y los mismos agentes económicos.

-**«empresa ferroviaria»**: se define como cualquier empresa privada o pública cuya actividad principal consista en prestar servicios de transporte de mercancías y/o viajeros por ferrocarril, debiendo ser dicha empresa en todo caso quien aporte la tracción;

-**«administrador de la infraestructura»**: se define como cualquier entidad pública o empresa encargada, en particular, de la instalación y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria, así como de la gestión de los sistemas de regulación y seguridad;

en algunos países, la necesidad de inversiones para esa específica red nacional (debido, por ejemplo, a la señalización específica de ese país) significa que la inversión en locomotoras y material rodante puede ser también sustancialmente hundida. Como consecuencia, el acceso a estos servicios relacionados puede ser esencial, y por tanto, ser usado por la empresa dominante para cerrar el mercado o discriminar, por lo que en un primer momento la regulación ha de salir al paso de los fallos que puedan darse en este sector, como veremos en el capítulo II.

¹⁰¹ El precedente de la figura del Regulador Ferroviario se encuentra en la Directiva 95/19/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, *'sobre la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización'*, refiriéndose a un organismo independiente de vigilancia de estas funciones que nombra su propio título, en el último de sus Considerandos y en su art. 13. Es significativo respecto a lo que hemos dicho de los conflictos de interés en el seno de las empresas ferroviarias verticalmente integradas lo que dice este *Considerando*: “Considerando que es necesario garantizar posibilidades de recurso ante una instancia independiente contra las decisiones adoptadas por las autoridades y los organismos competentes en materia de reparto de las capacidades de infraestructura y de fijación de los cánones de utilización de las infraestructuras; que esta posibilidad de recurso se requiere en especial para resolver posibles conflictos de interés en caso de que el administrador de la infraestructura sea al mismo tiempo el explotador de los servicios de transporte y esté encargado de la adjudicación de las franjas o de la fijación de los cánones de utilización de las infraestructuras”.

¹⁰² También establece este artículo otras definiciones que pueden ser útiles para entender el ámbito de aplicación de esta Directiva, pero que no están vinculadas estrictamente con el objeto de la Directiva, y son: -«servicios urbanos y suburbanos»: aquellos servicios de transporte que respondan a las necesidades de un centro urbano o de un área urbana, y a las necesidades de transporte entre dicho centro o dicha área y sus extrarradios; -«servicios regionales»: aquellos servicios de transporte destinados a cubrir las necesidades de transporte de una región.

-«**infraestructura ferroviaria**»: comprende la totalidad de los elementos contemplados en la parte A del Anexo I del Reglamento (CEE) n° 2598/70 de la Comisión, de 18 de diciembre de 1970, relativo a la determinación del contenido de las diferentes partidas de los esquemas de contabilización del Anexo I del Reglamento (CEE) n° 1108/70(1), excepto el último guión que a los solos efectos de la presente Directiva queda redactado en los términos siguientes: «Edificios adscritos al servicio de infraestructuras»;

-«**agrupación internacional**»: se define como cualquier asociación de al menos dos empresas ferroviarias establecidas en Estados miembros distintos, con el fin de prestar servicios de transportes internacionales entre Estados miembros. Esta definición ya no aparece en los textos consolidados, puesto que ya no tiene sentido una vez completada la liberalización¹⁰³.

La Directiva 91/440, que entró en vigor en 1993, sienta las bases de la apertura de este mercado ferroviario, estableciendo cuatro grandes principios sobre los que cimentar el proceso de reforma estructural:

1) Se ha de garantizar la independencia de gestión de las empresas ferroviarias. Para ello, han de disponer, según el art. 4, de patrimonio, presupuesto y contabilidad independientes de los de los Estados y que sean ellas mismas responsables de su gestión, administración y control interno. Además, se refleja la necesidad de que las empresas ferroviarias sean gestionadas bajo los mismos principios comerciales que rigen a las empresas privadas¹⁰⁴, incluso en lo que se refiere a las obligaciones de servicio público.

¹⁰³ Como veremos más adelante, se eliminará la mención de la posibilidad de 'constituir con una u otras empresas ferroviarias una agrupación internacional' por la Directiva de modificación 2007/58, al producirse la total apertura del mercado ferroviario de pasajeros a partir del 1 de enero de 2010, y por tanto, a partir de esta fecha no es ya requisito necesario formar una agrupación internacional para prestar servicios de transporte internacional, tanto de mercancías como viajeros. Ver art. 3.3 de esta Directiva 2007/58 porque aunque entra en vigor el 4 de junio de 2009, dice en el art. 3.3 que respecto a la formación de una agrupación internacional se extiende su aplicabilidad hasta el 1 de enero de 2010. Puesto que la formación de una agrupación internacional lo es tanto para la prestación de servicios de mercancías como de pasajeros, y aunque la apertura del mercado del transporte de mercancías fue anterior, no podía eliminarse de la dicción de la Directiva esta posibilidad hasta que también se liberalizara el mercado de pasajeros. Por otra parte, es significativo ver como en la Decisión GVG/FS en el capítulo IV de esta tesis (epígrafe 4, asunto cuarto), la formación de una agrupación internacional es entendida por la Comisión, bajo el régimen de la EFD, como 'esencial' para la prestación de servicios de transporte de pasajeros por tren.

¹⁰⁴ Así el art. 5 utiliza las expresiones: “adaptan al mercado” y “administradas según los principios que se aplican a las sociedades mercantiles”.

En su independencia pueden: definir su organización interna; controlar la prestación y comercialización y fijar la tarificación de los servicios; tomar las decisiones referentes al personal, los activos y las compras propias; desarrollar su cuota de mercado, crear nuevas tecnologías y nuevos servicios y adoptar cualquier técnica innovadora de gestión, así como impulsar nuevas actividades en ámbitos relacionados con la actividad ferroviaria.

De gran importancia es su independencia para establecer tarifas, puesto que en el régimen anterior eran, como mínimo, aprobadas por el Estado. De este modo, se pretende que las mismas se fijen de acuerdo a criterios comerciales.

2) Además es necesario que las empresas ferroviarias cuenten con una estructura financiera saneada (art.9). Y en ello, deben respetarse los principios sobre ayudas estatales establecidos en el Tratado en los arts. 107 y 108, permitiéndose aquellas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público, es decir, las del art. 93 TFUE. Respecto a los servicios públicos de pasajeros se prohíbe con dichos fondos estatales la financiación cruzada¹⁰⁵.

3) Separación contable obligatoria de la gestión de la infraestructura de la explotación de los servicios de transporte ferroviarios¹⁰⁶ (art. 6.1). Las ayudas que se concedan a una de estas actividades no podrán transferirse a la otra.

Una vez más, se prohíben las financiaciones cruzadas, es decir, cuando se aplican las ganancias de un determinado negocio al que pueda tener pérdidas, de este modo, falseando su eficiencia, y si además estas ayudas son concedidas por los Estados, entonces no se estaría compitiendo en igualdad de condiciones respecto a otras empresas ferroviarias. Estas disposiciones implican que los costes de los servicios internacionales de pasajeros serían satisfechos únicamente con los ingresos de la venta de billetes o por los subsidios de las autoridades nacionales por mantener el servicio.

¹⁰⁵ En el párr. 2 del apartado 4 del art. 9: “Los fondos que se abonen en concepto de actividades relativas a la prestación de servicios de transporte de viajeros en régimen de servicio público deberán figurar por separado en las cuentas correspondientes y no podrán transferirse a las actividades relativas a la prestación de otros servicios de transporte o cualquier otro servicio”. Este apartado 4 del art. 9 fue introducido por la Directiva 2001/12.

¹⁰⁶ Esta separación contable obligatoria tiene como objetivo crear transparencia sobre los verdaderos costes para gestionar la infraestructura y para el negocio de operación de trenes, y con ello, para introducir una competencia leal en el mercado.

Es facultativa la separación orgánica o institucional; ya que el apartado 2 del mismo art. 6 dice “Además, los Estados miembros podrán disponer que dicha separación suponga la existencia de divisiones orgánicas diferenciadas en el seno de una misma empresa, o que la gestión de la infraestructura corra a cargo de una entidad distinta.”

Ahora bien, a pesar de que la Directiva imponga estas obligaciones a los Estados, también deja muy claro a través del art. 7, que el desarrollo de la infraestructura ferroviaria nacional corresponde ante todo al Estado, aunque 'teniendo en cuenta, en su caso, las necesidades globales de la Comunidad' y aunque le imponga con este art. 6 la obligación de la separación contable en el seno de los antiguos monopolios ferroviarios estatales. Y es que el marco de la política general ferroviaria lo determina el Estado (apartado 4 del art. 7 añadido por la posterior Directiva 2001/12).

4) Respecto al cuarto principio que establece esta Directiva, comporta la aplicación de los derechos de tránsito y de acceso a la infraestructura en los países miembros, siendo fundamental su art. 10, que abre tímidamente el camino a la liberalización del transporte ferroviario. Se garantiza:

- de una parte, los derechos de tránsito en las conexiones por las redes ferroviarias de los Estados miembros de agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias que realicen transportes internacionales de mercancías o pasajeros y, derecho de acceso (y de tránsito) en los Estados miembros en que estén establecidas las empresas ferroviarias que las constituyan, y
- de otra parte, derechos de acceso y tránsito a las empresas ferroviarias que efectúen servicios de transportes combinados internacionales de mercancías¹⁰⁷.

Para ello, dice el apartado 3 de este art. 10 que las agrupaciones internacionales y las empresas ferroviarias que efectúen transportes combinados internacionales de mercancías celebrarán los acuerdos administrativos, técnicos y financieros necesarios con los administradores de la infraestructura ferroviaria utilizada, con el fin de resolver las cuestiones de regulación y de seguridad del tráfico relativas a los servicios de

¹⁰⁷ La Directiva 92/106/CE, de 7 de diciembre de 1992, *relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías entre Estados miembros*, en vigor, define en su art. 1 al transporte combinado como “el transporte de mercancías entre Estados miembros en los que el camión, el remolque, el semirremolque, con o sin tractor, la caja móvil o el contenedor de 20 pies o más utilicen la carretera para la parte inicial o final del trayecto y el ferrocarril o la vía navegable o un recorrido marítimo para la otra parte, cuando dicho recorrido exceda de 100 kms en línea recta y efectúen el trayecto inicial o final por carretera...”

transporte internacional. Las normas por las que se rijan dichos acuerdos deberán ser no discriminatorias.

Por tanto, el control último de los posibles abusos que pudieran darse en estas relaciones comerciales entre gestor de infraestructura y las empresas ferroviarias, si afectara gravemente a las condiciones de competencia, correspondería al Derecho de la Competencia, en estos casos, comunitario por afectar al comercio entre Estados miembros. Como podrá observarse en el capítulo IV de esta tesis (epígrafe 4) es en la liberalización de esta industria donde se pueden cometer los abusos al incumplirse o no aplicarse la regulación en el ámbito nacional llegando a afectar a la estructura competitiva del mercado. Puesto que no hay un regulador a nivel comunitario, el control de estas conductas debe ser detectado por la Comisión si el conflicto tiene una dimensión comunitaria, y si se afecta y perjudica al proceso competitivo del mercado en general, dichos abusos se encuadraran en el art. 102 TFUE, y cuando éste no pueda dar respuesta a todas las situaciones, especialmente cuando se dan estos obvios conflictos de interés (muchas veces a priori de que se cometa el abuso), habrá de recurrirse a la DRE/EFD.

Ahora bien, este art. 10 es profundamente modificado de conformidad con la gradual evolución en la apertura del mercado ferroviario por las Directivas 2001/14, 2004/51 y 2007/58, como se irá viendo a lo largo de este capítulo. Baste decir ahora que se encomienda a la Comisión en el art. 10 *ter* un seguimiento del desarrollo del sector ferroviario y la evolución del mercado. Y expresamente se recoge la inquietud respecto a los puntos débiles del régimen establecido, que hemos puesto de manifiesto en párrafos anteriores, puesto que “La Comisión llevará a cabo un seguimiento de la utilización de las redes y de la evolución de las condiciones marco en el sector ferroviario, en especial por lo que respecta a los cánones por el uso de la infraestructura, la adjudicación de capacidad, la normativa de seguridad y la concesión de licencias, así como al grado de armonización que se produzca”. Y lista en particular, entre otros, la vigilancia de: a) la evolución del mercado interior en cuanto a los servicios ferroviarios; d) la utilización de los derechos de acceso; e) los obstáculos para unos servicios ferroviarios más eficaces; f) las limitaciones de infraestructura; y g) la necesidad de legislación.

Todo ello, después de que el art. 10. 3 *septies*, apartado 7 (introducido por la Directiva 2001/12) estableciera: “Sin perjuicio de las normativas comunitaria y nacional relativas a la política de la competencia y de las instituciones competentes en la materia, el

organismo regulador establecido en virtud del artículo 30 de la Directiva 2001/14/CE, u otro órgano que disponga de igual independencia, supervisará la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, incluido el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril”.

Por lo tanto, siguiendo las definiciones y criterios de esta Directiva, queda muy claro que es el Estado el encargado del marco de desarrollo de la infraestructura ferroviaria nacional, pero de ningún modo puede interferir en la gestión de prestación de servicios ferroviarios por parte de las empresas ferroviarias, cuya independencia, directa e indirectamente, debe estar asumida y garantizada, y debe basarse en principios económicos comerciales cuyo desarrollo genere resultados eficientes. Es decir, de una vez por todas, se pretende que el mercado ferroviario supere su déficit histórico y pueda ser autosuficiente si los criterios comerciales empresariales se aplican correctamente. Sin embargo, por las razones expuestas (-en un párrafo establece unas condiciones que garantizaran la independencia del gestor de la infraestructura para en el párrafo siguiente conceder una excepción general a dichas condiciones-) acaba por delegar al Derecho de la competencia una gran labor posterior, puesto que el conflicto de interés que se pretende impedir con la separación vertical contable de estas empresas no es suficiente, cuando además no queda garantizada, ni siquiera legislativamente, la independencia de funciones clave. Desde mi punto de vista, se pasa de un régimen de monopolio a un régimen de fuertes posiciones dominantes detentadas por los antiguos monopolios históricos. Piénsese en la empresa ferroviaria estatal alemana DB, que a la postre concentra las más importantes empresas ferroviarias europeas¹⁰⁸.

Pero retomando el momento de la promulgación de esta Directiva 91/440, puede decirse que se trataba de una tímida apertura a la liberalización del mercado ferroviario. A pesar de estar prevista su apertura desde la misma constitución del Tratado de Roma en 1957, sin embargo, esta Directiva sólo previó la plena liberalización dentro de la UE del transporte combinado internacional de mercancías, y para las agrupaciones internacionales de compañías ferroviarias, únicamente derechos de acceso en los países donde esas compañías estuvieran establecidas y tránsito por los Estados miembros por los que circularan (art. 10 ya visto). Esto último significa que, para tener un derecho de

¹⁰⁸ Véase el Gráfico 8: Principales fusiones-adquisiciones en el ámbito ferroviario desde 2005 del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - *Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario* (COM/2009/676), en donde cinco de las once recogidas las realiza DB, además de otras importantes fusiones o adquisiciones que lleva DB a cabo y que indico en el capítulo IV de esta tesis en el epígrafe 4.2, como por ejemplo la adquisición de la sección de carga del ferrocarril nacional holandés.

acceso al territorio de cualquier Estado miembro, aparte del simple derecho de tránsito o paso (cuando además no se podría parar par coger pasajeros o mercancías), al menos una de las empresas ferroviarias que constituyeran esa agrupación, debía estar establecida legalmente en ese Estado miembro (lo que sin duda, conllevaría importantes impedimentos y trabas administrativas).

La implementación de esta Directiva debía hacerse, a más tardar, a 1 de enero de 1993, como se verá, los Estados miembros la han implementado muy tardíamente.

Asimismo, teniéndose en cuenta la complejidad del sistema ferroviario, para poder tener acceso a las redes ferroviarias de cualquier estado miembro, es necesario una licencia por parte de las empresas ferroviarias participantes prevista en la Directiva 95/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, *sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias*¹⁰⁹, y un certificado de seguridad establecido en el art. 11 de la Directiva 95/19/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, *sobre la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización*¹¹⁰. Por otra parte, los derechos de acceso implican la solicitud de surcos o franjas al gestor de la infraestructura para poder circular y ofrecer los propios servicios de transporte. Esta directiva 95/19 también establecía las condiciones para la adjudicación de la capacidad en la infraestructura a las empresas ferroviarias y los principios a aplicar para establecer los cánones por el uso de la citada infraestructura.

A su vez, para poder llevar a cabo servicios de transporte internacionales, debe garantizarse la interoperabilidad de las redes nacionales para que la tracción y el material rodante puedan operar en las diversas redes. El Consejo adoptó dos directivas: Directiva 96/48/CE *relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad*¹¹¹ y Directiva 2001/16/CE *relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional*¹¹², para mejorar la interoperabilidad de las redes ferroviarias europeas y del material rodante, con el fin de suprimir las barreras que encontraban los servicios internacionales en las fronteras entre Estados miembros, y con

¹⁰⁹ De este modo, se garantiza de manera uniforme y no discriminatoria que todas las empresas ferroviarias satisfacen en todo momento ciertas exigencias en materia honorabilidad, capacidad financiera y capacidad profesional y un alto nivel de seguridad.

¹¹⁰ Directiva 95/19/CE de 19 de Junio de 1995, (ambas Directivas, 95/18 y 95/19, publicadas en el *DO L 143 de 27 Junio 1995*). Esta Directiva fue derogada por la Directiva 2001/14.

¹¹¹ Directiva 96/48 del Consejo de 23 de julio de 1996 (*DO L 262 de 16.10.1996, p. 18*).

¹¹² Directiva 2001/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, (*DO L 110 de 20.4.2001, p. 1/27*).

ello, beneficiarse de las economías de escala que aporta la construcción y provisión de una infraestructura ferroviaria integrada y el material rodante dentro de la Unión.

En cualquier caso, “estas Directivas, que al igual que la 91/440 han sido transpuestas en todos los países de la Unión, aunque con un grado distinto de cumplimiento, han sido modificadas posteriormente al no conseguir impulsar realmente los procesos de liberalización y libre competencia para la creación del mercado ferroviario”¹¹³.

De este modo, la transposición de estas Directivas condujo a la Comisión a proponer nuevas medidas, las cuales fueron adoptadas por el Consejo en 2001, mejor conocidas como el “paquete de Directivas sobre la infraestructura”¹¹⁴. Estas propuestas desarrollaron una mayor integración del mercado ferroviario europeo permitiendo una apertura del mercado de transporte internacional de mercancías en una sección de la red dedicada específicamente a esta labor, llamada la *Red Ferroviaria de Carga Trans-Europea*¹¹⁵, a funcionar desde 2003.

3. ESTRUCTURAS CORPORATIVAS DE LOS GESTORES/ADMINISTRADORES DE INFRAESTRUCTURAS. ESPECIAL REFERENCIA A FRANCIA Y ESPAÑA.

Antes de pasar a analizar el Primer Paquete de directivas ferroviarias, examinaremos como se modifican y se organizan estructuralmente los monopolios ferroviarios históricos para dar cumplimiento a la Directiva 91/440. Los criterios adoptados por los Estados miembros son los siguientes:

1) Simple separación contable. El gestor de la infraestructura está a cargo de la adjudicación de capacidad y la empresa ferroviaria permanece totalmente integrada. Es el caso de Irlanda e Irlanda del Norte¹¹⁶.

¹¹³ En palabras de BENEYTO ALONSO, J.M.: “La reforma de la política europea de transportes y el impulso de la red ferroviaria con prioridad para las mercancías” en F. Martínez Sanz y M. Victoria Petit Lavall (Dir.) y F. Juan y Mateu (Coord.) *Estudios sobre Derecho y Economía del transporte: Reforma y Liberalización*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 502.

¹¹⁴ Directivas 2001/12, 2001/13 y 2001/14, de 26 Febrero de 2001, (DO L 75 de 15 Marzo de 2001).

¹¹⁵ En inglés: Trans-European Rail Freight Network (TERFN), ya que su página web y documentación sólo estaba en inglés.

¹¹⁶ Véase también la Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2008 por la que se prorrogan las excepciones a determinadas disposiciones de la Directiva 91/440/CEE del Consejo y de la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, concedidas a Irlanda y al Reino Unido en lo que se refiere a Irlanda del Norte, COM (2008) 981, (DO L352/32 de 31 de

2) Separación Legal, pero no institucional, en la que el holding integra tanto al gestor de la infraestructura como al operador nacional como divisiones independientes. Así ocurre en Austria, Bélgica, Alemania, Italia, Polonia.

- **Alemania**, en donde la *Deutsche Bahn AG*, que presta los servicios de transporte, es una sociedad anónima desde 1994 cuyo accionariado pertenece al Estado. El holding o empresa matriz, *Die Bahn AG*, agrupa cinco sociedades anónimas, de las cuales *DB Netz* se encarga de la gestión de la infraestructura. Ahora bien, Alemania liberó su mercado de carga muy tempranamente en 1994, con nuevos entrantes en el mercado, procedentes tanto del sector privado, como empresas pertenecientes a las autoridades locales alemanas o *lander*.

- **Italia**, bajo el holding *Ferrovie dello Stato SpA (FS)*, coexisten *Rete Ferroviaria Italiana (RFI)* que gestiona la infraestructura, y *Trenitalia* encargada del transporte de pasajeros, mercancías y regional.

3) Separación institucional, pero delegando la gestión de la infraestructura a la empresa ferroviaria histórica. Así ocurre en Estonia, Francia, Hungría, Eslovenia, Luxemburgo, Latvia.

- **La peculiaridad del caso de Francia**. Es interesante examinar el sistema establecido en Francia, que instauró una estructura diferente al resto de los países. RFF (*Réseau Ferré de France*) es la empresa pública propietaria y gestora de la infraestructura¹¹⁷. Tiene como objeto la promoción del transporte ferroviario, teniendo presente los principios de servicio público, y bajo las directrices del Estado. Sin embargo, se delega a la empresa ferroviaria *SNCF*¹¹⁸, a través de su división de infraestructuras, la gestión de

diciembre de 2008), que debido a su situación geográfica especial, se acogen a excepciones de determinadas disposiciones de dichas Directivas, tales como los requisitos de confiar a un organismo independiente las tareas de determinar un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura y de crear un organismo regulador independiente, las disposiciones relacionadas con los derechos de utilización de la capacidad, los acuerdos marco y las medidas en caso de saturación de la red ferroviaria, entre otras disposiciones, y que por esta Decisión quedan prorrogadas hasta el 14 de marzo de 2013.

¹¹⁷ La Ley n° 97/135 de 13 de febrero de 1997, conocida como la Ley de la reforma, crea la empresa pública RFF. Está a cargo de la toma de decisiones respecto a la construcción y mantenimiento de las infraestructuras, y su objeto es promover el transporte por ferrocarril en Francia y desarrollar y mejorar la Red de Ferrocarril francesa.

¹¹⁸ Siguiendo a SALQUE, C.: “Integration du marché européen des transports ferroviaires et nouvelle stratégie des entreprises ferroviaires historiques européennes” en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2006, n° 1, que explica que antes de 1937, en Francia, existían seis

la infraestructura, a cuenta de RFF. Bajo términos contractuales, SNCF se encarga, por tanto, de la gestión del tráfico y la circulación, del mantenimiento y reparación de las instalaciones y de la seguridad, bajo los principios de gestión y objetivos definidos por RFF. Asimismo, SNCF, lógicamente opera servicios de transporte por ferrocarril, tanto carga como pasajeros¹¹⁹.

Sólo Francia ha adoptado una estructura organizativa semejante. La razón principal fue la situación financiera tan preocupante de SNCF, experimentando los ferrocarriles franceses en la década de los 90 una de las deudas más grandes en Europa, debido en gran medida a que en aquel período la capitalización del ferrocarril francés se hizo casi exclusivamente a través de préstamos y debido también a las inversiones tan fuertes realizadas para la construcción de las líneas de alta velocidad¹²⁰. La disminución de los tráficos de SNCF ha sido constante, por lo que el costo de estas inversiones no ha sido cubierto tampoco por los ingresos generados con la explotación.

Con el fin de solucionar una situación financiera particularmente degradada, el Estado francés previó remediarla instaurando un Contrato-programa con SNCF para el período 1996-1999. Sin embargo, la grave crisis social¹²¹ dentro de SNCF a fines de 1995 y

importantes empresas ferroviarias: una pertenecía al Estado y las otras cinco eran compañías regionales privadas. En 1937, Francia agrupa todo su sistema ferroviario en un solo operador, que es nacionalizado y convertido en una entidad de propiedad y gestión pública llamada *Société Nationale des Chemins de Fer Français* o SNCF. De este modo, SNCF era una empresa integrada y pública, perteneciente a la categoría jurídica francesa de *Etablissement Public Industriel et Commercial*, y ostentó un monopolio legal para operar el transporte interurbano ferroviario, gestionando también la red de infraestructura ferroviaria.

¹¹⁹ Los intercambios financieros de ambas empresas van en las dos direcciones, ya que al mismo tiempo SNCF paga el canon por operar sus servicios de trenes, como cualquier otro operador. RFF está a cargo, sin embargo, de la política de inversiones y también debe encontrar su financiación, aunque es el Estado quien decide las inversiones a realizar, dedicando un subsidio para este fin, pero es insuficiente. Asimismo, es responsabilidad de RFF la adjudicación de la capacidad, pudiéndose apelar al Departamento de Transportes en caso de desacuerdo. Respecto a esta última actividad, SNCF aconseja sobre los horarios de los surcos y ofrece un análisis técnico sobre los mismos. Esta división de tareas cumple, así, con los requisitos de las directivas evitando al mismo tiempo una verdadera fragmentación de la empresa histórica. Por su parte, el Estado cumple dos papeles principales:

- Es accionista tanto de SNCF como de RFF. Financia a ambas empresas y les da las principales direcciones de su gestión. Respecto a este último aspecto, nombra a sus principales administradores, y ostenta el poder de decidir en el presupuesto, incluyendo subsidios y préstamos.
- Como regulador, es la última instancia para la adjudicación de capacidad y es el encargado de aprobar los cánones de acceso.

¹²⁰ En 1994 la red del TGV (*Train a Grande Vitesse*) se extendía cerca de 1.100 kms, siendo única en Europa por ser la primera y en aquel momento, la más desarrollada.

¹²¹ Características endémicas en Francia que influyen en el sistema ferroviario francés: 1) la implicación del sector público en la industria es tradicional. En consecuencia, la mayoría de los directivos en el sector público tienen tendencia a procedimientos de control. Muchos de ellos son

principios de 1996, junto con el fracaso de las negociaciones para el citado Contrato-programa resultan en la necesidad imperativa de tener que reducir la deuda de SNCF. A cambio de asumir la mayor parte de esta deuda, RFF recupera en plena propiedad, con efecto desde el 1 de enero de 1997, los bienes de infraestructura e inmuebles no afectados a la explotación de los servicios de transporte, pero que aun así se encargará de gestionar SNCF¹²².

El decreto n° 97/444 de 5 de mayo de 1997 relativo a los objetivos y estado de RFF clarifica las relaciones entre RFF y SNCF, especialmente a fin de distinguir sus respectivas responsabilidades. A fin de garantizar la seguridad de las personas y de los tráficos, RFF confía a SNCF el mando de las operaciones para la red en explotación. Este decreto determina los objetivos y principios de gestión de la red nacional ferroviaria, mientras que RFF define los objetivos y principios de gestión relativos al funcionamiento

ingenieros y tienden a asegurar logros técnicos, en vez de buscar la rentabilidad. 2) El concepto de servicio público está profundamente enraizado en Francia. Ampliamente recogido en la legislación francesa, existiendo todo un cuerpo de leyes para el servicio público, junto con Juzgados específicamente administrativos, como también en España, pero no así en los países anglosajones. El concepto de servicio público, desde un punto de vista económico, es una herramienta para salir al paso de necesidades básicas y fallos de mercado, como disminuir efectos externos, y mejor distribución de la riqueza en base al principio de igualdad. 3) Los sindicatos, que no son muy poderosos en el sector privado, son especialmente importantes en las empresas públicas. Participan en la dirección e influyen poderosamente en los salarios, empleo y condiciones sociales. En el ferrocarril francés las condiciones de trabajo para el personal tienen que seguir reglas estrictas y complicadas, lo que redundaba en la falta de flexibilidad y productividad. El estatus contractual también es muy restrictivo, con procedimientos largos y complicados para cambiar al personal de un puesto a otro; sin ser posible reducir el personal, si no es a través de la jubilación. El resultado es que, a diferencia de otras empresas ferroviarias, la empresa no puede adaptarse rápidamente al cambio, y a corto plazo, los costes son siempre constantes, lo que es un problema para un mercado susceptible de ciclos de períodos cortos y expuesto a la competencia de los otros modos de transporte, especialmente carretera para el transporte de carga, y coches y avión para pasajeros. 4) Desde un punto de vista geográfico, Francia se caracteriza por una baja densidad de población, dos veces más baja que sus países vecinos, Alemania, UK, Suiza o Benelux. La población se conglera en las ciudades importantes, París, Burdeos, Lyon, Marsella y Lille, entre las cuales hay unos pocos emplazamientos. Con este panorama, el ferrocarril era apto para el transporte de pasajeros pudiendo competir con éxito con el transporte por la carretera y por avión. El mercado nacional para transporte de carga es limitado por su poco tráfico y longitudes cortas, mientras que la competencia por parte del transporte por carretera es salvaje. Sin embargo, el ferrocarril sería apto para el tráfico internacional, pero la coordinación con los otros operadores históricos europeos era muy mala, desde un punto de vista técnico y desde un punto de vista de la gestión y dirección, entre lo que destacaba la falta de coordinación comercial y problemas para cruzar las fronteras. 5) Durante los 90 el ferrocarril francés, estaba integrado vertical y horizontalmente. Horizontalmente integrado respecto a que los mismos conductores conducían tanto trenes de pasajeros como de carga, y se usaban las mismas locomotoras para trenes de carga y de pasajeros. La integración vertical provenía de que la gestión de la infraestructura y la operatividad se concentraban en la misma empresa.

¹²² La grave crisis social finaliza por un acuerdo entre el Gobierno y los Sindicatos, en el que SNCF permanecería como una empresa unida destinada al servicio público.

y mantenimiento de las instalaciones técnicas y de la seguridad de la red, así como la gestión del tráfico y la circulación.

Por el decreto 98/1190, publicado el 28 de diciembre de 1998, y por tanto, desde esta fecha, prácticamente 1999, se transpusieron las Directivas 91/440, 95/18 y 95/19 al Derecho francés, cuando debían haberlo estado a 1 de enero de 1993 para la primera, y a 27 de junio de 1997 para las dos últimas.

Por su parte, el Primer Paquete fue implementado por el Decreto 2003/194, justo a tiempo para su entrada en vigor en marzo de 2003, fecha que coincidía con la exigencia de entrada en vigor de este Primer Paquete Ferroviario. En lo que concierne a los servicios ferroviarios relacionados, el decreto 2003/194¹²³ de transposición de la Directiva 2001/14 clasifica y lista estos servicios siguiendo con rigor el Anexo II de la Directiva 2001/14 y estableciendo para RFF exactamente las mismas obligaciones y prerrogativas respecto a los mismos que la Directiva, es decir, paquete de acceso mínimo, de acceso por la vía a la infraestructura de servicios, servicios complementarios y servicios auxiliares, teniendo RFF, para estos últimos, total libertad para suministrarlos o no¹²⁴.

En la práctica, esta liberalización se ha hecho realmente patente incluso más tarde. A principios de 2004, el Ministerio de Transportes concedió la primera licencia a la filial *Europorte 2* de Eurotunnel. Posteriormente, en julio de 2004, *CFTA Cargo*, filial de Connex, obtuvo una licencia de empresa ferroviaria dentro del marco de apertura a la competencia en Francia de líneas internacionales de mercancías siguiendo una decisión del Ministerio de Transportes Francés, con la precisión de que tal licencia sólo permitía realizar los servicios de transporte internacional de mercancías por las vías de la red nacional pertenecientes a la Red Transeuropea Ferroviaria de Mercancías¹²⁵ y servicios de transporte combinado de mercancías por la red nacional en su conjunto. Con esta licencia, el 3 de octubre de 2005 empezaba a circular el que sería el segundo tren privado de Connex en funcionar en la red francesa, transportando bobinas de papel, cuatro veces por semana, entre los Vosges y Alemania, a cuenta del grupo noruego *Norske Skog*.

¹²³ Decreto 2003-194 de 7 de marzo de 2003, relativo a la utilización de la red ferroviaria nacional.

¹²⁴ Véase capítulo IV de esta tesis, epígrafe 4.3, respecto a estos servicios auxiliares.

¹²⁵ A la que hemos hecho referencia antes, véase nota al pie 101.

Por otra parte, en septiembre de 2005, se emitió un informe sobre el estado de la red ferroviaria que subrayaba el envejecimiento de la red ferroviaria y demostraba que los gastos de mantenimiento (reparación y renovación) por km de vía eran inferiores en Francia, un 33%, en comparación a otros países europeos (66%). El esfuerzo financiero dedicado a la renovación era insuficiente.

En cuanto a su introducción en otros mercados, el 1 de Julio de 2005, SNCF Carga obtuvo un certificado de seguridad ante las autoridades belgas. Además, a principios de 2005, también obtuvo el certificado de seguridad para operar sus trenes en Luxemburgo durante cinco años, para transporte internacional de mercancías, tanto de transporte combinado como convencional. Por su parte, en general, respecto al transporte ferroviario de pasajeros, sobre todo las líneas de alta velocidad, han funcionado bastante bien.

En términos de valoración de la reforma estructural lanzada en 1997 con la creación de RFF y la descentralización del tráfico regional, se puede decir que se ha desarrollado un sistema complicado y aparentemente desconcertante.¹²⁶ Lo que viene a confirmar entre otras cosas, el espíritu anticomunitario que Francia aporta a este proceso de liberalización del transporte ferroviario, como puede deducirse de este análisis valorativo, en el que cabe destacar las siguientes características:

- Desde el punto de vista de la administración francesa, la reforma ha cumplido con las exigencias ineludibles del Primer Paquete Ferroviario, pero sin fragmentar la empresa, y además, alejando la deuda ferroviaria de las normas de Maastricht. Ahora bien, si ha mejorado la eficiencia del sistema es, desde luego, en función del imperativo legal.
- Desde el punto de vista de la Comisión, el principal objetivo que es fomentar la competencia, no ha sido logrado aún, a pesar de que las directivas han sido transpuestas a la legislación francesa. Se ponen muchos obstáculos a los competidores en la concesión licencias, la adjudicación de surcos, los requisitos de capacidad técnica respecto al personal, e incluso los estándares técnicos. El sistema francés deja muy claro a cualquier competidor potencial que tendrá que superar muchas dificultades o barreras.

¹²⁶ QUINET, E., "French Railways on the razor's edge. Situation and perspectives of the French Railways system", Jornadas sobre competencia en el transporte ferroviario, 16 y 17 septiembre de 2004, Fundación Rafael del Pino, pág. 18.

Asimismo, SNCF rechaza la idea de competencia, y prefiere la de cooperación con otros operadores europeos¹²⁷.

- Las graves disputas entre RFF y SNCF, con el fin de asegurarse cada uno una mayor parte de los fondos públicos, llevan consigo una gran pérdida de tiempo y energía. Por otra parte, las desventajas de dicha fragmentación (infra-optimización global de los recursos) se acusan aún más por las características especiales de la situación francesa, en la que las dos empresas están subvencionadas y SNCF se ocupa del mantenimiento en representación de RFF. Por ejemplo, no es seguro que las autoridades públicas, peor informadas de las necesidades que los operadores, consigan asignar correctamente las subvenciones entre infraestructura y operaciones.

- Es obvio que el sistema permanece, aún más que antes, en las manos de los poderes públicos. Sucede así con la infraestructura, que sin el apoyo financiero público, RFF no podría cubrir sus costes de funcionamiento ni de inversión. También es el caso de SNCF, a través de los diversos subsidios, y asimismo de las regiones, que subvencionan los servicios locales. El problema es que las diferentes autoridades públicas toman decisiones distintas y, a menudo, incoherentes. Surgen intereses conflictivos entre el Ministerio de Transportes y el de Hacienda, y entre el Estado y las regiones, respecto a adjudicación de surcos: los trenes locales compiten con los de carga, que están apoyados por el Estado por razones de medioambiente. Los numerosos subsidios procedentes de los poderes públicos están destinados a objetivos específicos, lo que, en suma, limita la autonomía de gestión de las dos empresas. Esta situación sensibiliza a ambas empresas ante las presiones políticas: SNCF se ve abocada a mantener servicios no rentables, RFF a realizar inversiones no rentables.

- Otras presiones sociales y políticas provienen de los Sindicatos, con muchos intereses creados y opuestos a los cambios que pueden propiciar estos intereses; especialmente, se

¹²⁷ SNCF ha desarrollado cooperaciones de tráficos internacionales de pasajeros (*Thalys*, *Eurostar*, *ligne de Coeur*). Ha establecido acuerdos bilaterales con Alemania, para flujos de tráfico de carga entre los dos países, bajo el termino “Rail Euro Concept”. SNCF ha establecido alianzas a través de “joint ventures” (sociedades conjuntas o, en términos más jurídicos, Unión Temporal de Empresas), como *Go Via* con una compañía de transporte británica, y *Go Ahead* para la concesión de la red sudcentral y sudlondinense. También ha firmado una asociación con los ferrocarriles italianos y belgas, Trenitalia y SNCB, respectivamente, en una joint venture, llamada *Ifrabel*. Sin embargo, esta cooperaciones se quedan muy atrás en comparación con las alianzas desarrolladas por otros operadores europeos, como es el caso de DB, que ha absorbido a los operadores holandés (NS), y suizo (CFF).

oponen a la fragmentación y a la liberalización, que para ellos es el primer paso para la privatización, y a la competencia que perjudicaría al servicio público.

- Las reformas internas de SNCF se llevaron a cabo a un ritmo lento, tales como la descentralización o la gestión a través de la línea de productos, que llevaron mas tiempo que los cambios que se producían en el mismo mercado. A corto e incluso medio plazo, la flexibilidad es nula, por ejemplo, en la necesaria reducción de personal.

Las presiones comunitarias harán cada vez mas difícil la política ampliamente utilizada de subvenciones por el Estado francés. En cualquier caso, teniendo en cuenta los altos costes fijos de SNCF y su falta de flexibilidad, las consecuencias se prevén dramáticas desde el punto de vista financiero.

4) Separación legal, organizativa e institucional. En la actualidad es el caso de Gran Bretaña, Finlandia, Dinamarca, Holanda, Noruega, España, Suecia, Portugal, Eslovaquia, Lituania, Rumania, República checa y Grecia. Sin embargo, en el principio de este proceso de liberalización sólo Gran Bretaña y Suecia habían llegado más lejos en el grado de apertura y, de hecho, continúan teniendo el mayor índice de separación estructural siendo los mercados más competitivos. En los otros países la separación ha sido progresiva y dista mucho de ser total en la práctica.

- **Gran Bretaña**, es, sin comparación, el Estado miembro que desde un principio, se ha consagrado plenamente a la separación institucional, e incluso ha llegado más lejos en su apertura que ningún Estado al privatizar todas las actividades o negocios ferroviarios. En efecto, las diferentes funciones se separan y privatizan al dividirse la gestión de la infraestructura de las compañías propietarias del material rodante (ROSCO's) y de las compañías operadoras de servicios de trenes (TOC's). La situación inglesa se estudia al final de este capítulo.

- **Suecia**, la sociedad *Banverket* se encargaba de la gestión de la infraestructura, la cual se caracteriza por su independencia total de la empresa ferroviaria estatal sueca. Es una estructura que se sitúa bajo la tutela del Ministerio de Transportes sueco y cuyo presupuesto se vota en su Parlamento. Seis áreas competenciales se desarrollaron dentro de la misma: adjudicación de surcos, recaudación de los peajes por el acceso a la red nacional y local, reglamentación y gestión de los tráficos, seguridad, mantenimiento de vías y selección de las inversiones a realizar. Suecia es además uno de los primeros

Estados en la liberalización de transporte de carga desde 1996. Desde el 1 de abril de 2010 con el mismo régimen pero bajo un nuevo Ministerio de Transportes pasa a ser y denominarse *Trafikverket*.

• El caso español.

Estableceremos algunos de los hitos mas importantes en su historia:

La Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria y de Transporte por Carretera de 24 de enero de 1941 y las Leyes de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera y Coordinación de dichos transportes con los Ferroviarios de diciembre de 1947 establecieron un sistema de protección a ultranza del ferrocarril, en el que se prohibía otorgar líneas regulares de transporte por carretera coincidentes con las líneas prestadas por el ferrocarril e incluso un derecho de tanteo¹²⁸.

El periodo 1975-1982 se caracterizo por un estancamiento de los traficos ferroviarios y con ello, un aumento de los costes que agudizo los problemas financieros del ferrocarril. La falta de crecimiento de la demanda estaba estrechamente relacionada con la ausencia de modernización del sistema ferroviario, en especial en lo que se refiere a sus infraestructuras, para las cuales no existia una planificación a largo plazo con compromisos por parte de las autoridades¹²⁹.

Con la influencia de la introducción de la libre competencia propugnada por la Comunidad Europea se promulgó la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres y su Reglamento de 1990¹³⁰, que también regulaban el transporte por carretera, y al que impusieron restricciones cuantitativas en relación al acceso al transporte de mercancías por carretera. La LOTT otorgó a los ferrocarriles públicos la consideración de servicio público de titularidad estatal y estableció que la función de RENFE era la explotación unitaria, es decir, conjunta de la infraestructura y la explotación de servicios de transporte en régimen de monopolio¹³¹.

¹²⁸ Véase OLMEDO GAYA, A.: “El Nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica”, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000.

¹²⁹ Para mas informacion vease BENEYTO PEREZ, J.M. y RAMOS MELERO, R.: *Nuevos modelos de financiación de las infraestructuras de transporte terrestre*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid, 2009, pp. 137 y ss.

¹³⁰ Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) de 30 de julio de 1987, y su Reglamento (ROTT) aprobado mediante el Real Decreto 1211/90 de 28 de septiembre de 1990.

¹³¹ Para más información véase RAMOS MELERO, R.: “Reformas y políticas liberalizadoras del ferrocarril: El nuevo escenario en la UE” en *Colección de Historia Ferroviaria*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid, 2004, pp. 290 y ss. Además, dentro del Plan General Ferroviario de 1980 elaborado por RENFE y que pretendía la modernización del ferrocarril, Renfe elevó en 1986 la velocidad máxima de sus trenes a 160 km/h. Sin embargo, este Plan no fue asumido por

El Plan de Transporte Ferroviario (PTF) de 1988 suponía un instrumento de planificación a largo plazo para el periodo 1978 a 2000, que se desarrolló mediante contratos-programa plurianuales y planes de empresa anuales. Su objetivo fundamental era lograr un ferrocarril moderno, competitivo y especializado, mediante inversiones en infraestructura y la modernización de la red básica, lo que junto con la aprobación de la construcción de las nuevas líneas de alta velocidad de Madrid-Sevilla y Madrid-Barcelona-frontera francesa, implicaba un importante esfuerzo inversor por parte de RENFE. Así, la puesta en marcha del AVE Madrid- Sevilla supuso la absorción de los recursos necesarios para otras actuaciones previstas en el PTF y supuso un gran endeudamiento de RENFE, llegando incluso a pensarse en 1991 que el ferrocarril español corría el riesgo de desaparecer¹³².

Con la aprobación de la Directiva 91/440 sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, en 1992 RENFE se vio obligada a efectuar una separación contable y orgánica de la gestión de la infraestructura de la explotación de los servicios de transporte, mediante la reorganización de su modelo de gestión, puesto que desde 1984 RENFE estaba ya organizada en *Unidades de Negocio*¹³³ con ocasión del primer Contrato-Programa con el Estado de 1984-1987. Asimismo, con el Estatuto de RENFE de 1994 también se rompe con el concepto de explotación unitaria de los servicios por parte de RENFE, ya que el Estatuto previó la posibilidad de que empresas públicas o privadas accedieran a la infraestructura en régimen de competencia. Todo este nuevo régimen chocaba con lo dispuesto en la LOTT, (especialmente arts. 156 y 176)¹³⁴.

el Gobierno que debido a la crisis se concentró en el Plan General de Carreteras. Véase http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/FERROCARRILES, (último acceso 24 de enero de 2012).

¹³² La Secretaria General de Planificación y Concertación Territorial creó la Comisión para el estudio de los Ferrocarriles Españoles, cuyo *Informe de la Comisión para el Estudio de los Ferrocarriles Españoles*, de 1992, concluyó que debido al problema del déficit y endeudamiento el ferrocarril corría el riesgo de desaparecer.

¹³³ Con este nuevo modelo se abandona el sistema anterior basado en zonas geográficas y departamentos funcionales (producción, mantenimiento, compras, ingeniería, dirección comercial y compras) por uno orientado a criterios de mercado constituido en unidades de gestión de tres tipos: las operadoras de transporte (Mercancías, Largo Recorrido, después llamada Grandes Líneas, y Alta Velocidad, y Cercanías y Regionales) las prestadoras de bienes y servicios (Tracción, Estaciones y Servicios Conjuntos, Mantenimiento de Material Rodante) y las responsables de la gestión de la infraestructura (Mantenimiento de Infraestructura y Circulación).

¹³⁴ Durante el periodo de vigencia del Contrato-Programa de 1994 a 1998 en virtud el Convenio para la Gestión de la Infraestructura, RENFE realizó la gestión de la infraestructura consistente en el mantenimiento y regulación del tráfico en lugar del Estado, por lo que recibió una contraprestación de 684.104 millones de pesetas. Véase también sobre este Contrato-Programa GARCIA PEREZ, J.: *Regimen Juridico del Transporte por Ferrocarril*, Colección Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 351 y ss.

Un paso importante hacia la separación institucional de la infraestructura y la operación de los servicios de transporte viene de la mano de la creación del *Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias* (GIF) por la Ley 13/96 de 30 de diciembre sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Su estatuto fue aprobado por el Real Decreto nº 613/1997 de 25 de abril. Por la Ley de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social de 23 de diciembre de 1997 se incorporaron a nuestro ordenamiento los importantes artículos 8 y 10 de la Directiva 91/440, que ya hemos visto, completándose la primera etapa de la reestructuración ferroviaria exigida por la UE con el Real Decreto nº 211/1998, por el que se regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias, que incorpora finalmente las Directivas 95/18 y 95/19.

Como el PTF quedó virtualmente sin vigor debido a las importantes modificaciones requeridas por las Directivas comunitarias, el Plan Director de Infraestructuras (PDI) se constituyó en el nuevo marco planificador, el cual contenía las directrices y objetivos de la administración ferroviaria para el periodo 1994-2007, y que se centró primordialmente en la potenciación de los servicios de alta velocidad y de cercanías. En esta misma línea, se presentó, en marzo de 2000, el Plan de Infraestructuras 2000-2007 con el importante objetivo de modernizar las infraestructuras ferroviarias españolas, especialmente la mejora de los servicios ferroviarios de largo recorrido y regionales. Su volumen de inversión a tal efecto supera por primera vez el dedicado a las carreteras¹³⁵.

Por fin, España incorporó el primer paquete ferroviario en la Ley del Sector Ferroviario 39/2003, de 17 de noviembre de 2003¹³⁶. En vigor a partir del 1 de enero de 2005, la Ley configuró, en teoría, un sistema próximo al francés, puesto que el gestor de la infraestructura puede optar por contratar dicha gestión mediante concesión, siendo en todo caso responsable del resultado de la actividad que realice el concesionario, excepto las funciones inherentes a la gestión del sistema de control, circulación y seguridad que no pueden ser desempeñadas por terceros. Sin embargo, el sistema desarrollado consistió en crear un Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) independiente y

¹³⁵ En RAMOS MELERO, R.: "Reformas y políticas liberalizadoras del ferrocarril: El nuevo escenario en la UE" en *Colección de Historia Ferroviaria*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid, 2004, pag. 304.

¹³⁶ La Ley fue aprobada el 30 de octubre de 2003 y publicada en el BOE el 18 de noviembre de 2003. Si bien el primer paquete ferroviario comunitario debía estar transpuesto en la legislación nacional a más tardar el 15 de marzo de 2003, la Ley del Sector Ferroviario española, en su Disposición Adicional Primera concedía una *vacatio legis* antes de su entrada en vigor de seis meses. Esta *vacatio legis* se prorrogó, mediante Real Decreto 1/2004 de 7 de mayo, hasta el 31 de diciembre de 2004.

encargado integralmente de la gestión de la *Red Ferroviaria de Interés General*. Asimismo se transpasan los activos, pasivos y recursos del GIF, que desaparece. Al mismo tiempo, se segregaron las unidades de negocio de operaciones de RENFE, que pasan a formar parte de Renfe-operadora, y las unidades de negocio relacionadas con la infraestructura, que pasan a ADIF.

La transición a la obligada liberalización comenzó con el Contrato-Programa 1999-2000, que definió las acciones estructurales recogidas por la Ley del Sector Ferroviario que permitirían adaptarse a la competencia y que se orquestaron, como acabamos de ver, en la creación de ADIF y de Renfe-Operadora. Dentro de este marco también se creó el Comité de Regulación Ferroviaria, al que dedico especial atención en el epígrafe IV.2.F) del capítulo IV. Otro aspecto que se incluye es el saneamiento financiero de la deuda por cuenta del Estado y del inmovilizado de infraestructura¹³⁷.

Actualmente Renfe-operadora permanece como empresa pública que depende del Ministerio de Fomento y, con la denominación Renfe-operadora se encarga del transporte de pasajeros y de mercancías y del mantenimiento del material rodante. La propiedad, el desarrollo y mantenimiento de las redes ferroviarias y estaciones quedan bajo la responsabilidad de la citada empresa pública, ADIF. El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) quedó constituido como una entidad pública empresarial, dependiente también del Ministerio de Fomento. La misión de ADIF incluye la gestión del tráfico ferroviario, la administración de la infraestructura, adjudicación de capacidad a los operadores ferroviarios, el cobro de cánones y la realización de los proyectos de infraestructura que le encargue el gobierno de la nación.

Por Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento se establecen las funciones a desarrollar dentro del Ministerio de Fomento por la Dirección General de Ferrocarriles, tales como la elaboración de los anteproyectos de presupuesto en relación con las inversiones ferroviarias así como su control y ajuste y el seguimiento de la ejecución presupuestaria; la elaboración, seguimiento, supervisión y control de la planificación operativa de infraestructuras ferroviarias y de los correspondientes planes ferroviarios; la gestión y

¹³⁷ Como pone de manifiesto RAMOS MELERO, R.: “Reformas y políticas liberalizadoras del ferrocarril: El nuevo escenario en la UE” en *Colección de Historia Ferroviaria*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid, 2004, pag. 324, la deuda total de RENFE en 2003 era de 7.500 millones de euros, de los cuales componen su deuda histórica 3.800 millones de euros y la asociada a la infraestructura 1.800 millones de euros.

control de la ejecución de las obras de infraestructuras ferroviarias de su competencia; la elaboración de los proyectos de disposición de carácter general en materia de ferrocarriles y la coordinación con otros órganos administrativos y entidades públicas en esta materia; la regulación, ordenación e inspección del transporte ferroviario, de acuerdo con la legislación vigente, así como el seguimiento del contrato-programa con Renfe-operadora y FEVE.

Ahora bien, la liberalización del transporte ferroviario de carga español se ha realizado muy tarde y de forma problemática. En enero de 2006, surgió una polémica entre el gobierno y otros operadores que conocieron *a posteriori* la venta de material usado a Argentina por Renfe-Operadora mientras que los nuevos operadores (Comsa Rail Transport, Continental Rail-ACS, Detren-FCC, Press Cargo Tren Acciona y Activa Rail6Transfesa) necesitaban de este material para entrar al mercado. En efecto, generalmente no hay disponibilidad de maquinaria ferroviaria, por lo menos en alrededor de año y medio entre que se cursan los pedidos y la entrega de material nuevo, lo que retardó obviamente la puesta en marcha de sus actividades, aparte del alto coste que implica la compra de nuevo equipamiento.

Para hacer frente mejor a la liberalización ferroviaria, Renfe-Operadora adoptó en febrero de 2006 un nuevo modelo de gestión¹³⁸: en lugar de 6 unidades de negocio que existían hasta el momento, se crearon 4 grandes departamentos especializados (cercanías, gran velocidad y largas distancias, servicio de mercancías y logística y, construcción y mantenimiento). Estos departamentos tienen su propia cuenta de resultados y una financiación específica en función de sus propias necesidades.

Por último, el 15 de noviembre de 2005 se produce la aprobación del *Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte*: PEIT 2005-2020¹³⁹, en el que para el sector del ferrocarril, las actuaciones más importantes serían:

- ☐ Consolidación de la reforma del sector y desarrollo del nuevo modelo ferroviario
- ☐ Promoción de una “función central” del ferrocarril en los corredores más importantes
- ☐ Contribución a la accesibilidad del conjunto del territorio

¹³⁸ Como veremos más adelante la fecha de la liberalización completa o total del transporte internacional de mercancías en la Unión es el 1 de enero de 2006.

¹³⁹ Para ampliar la información se pueden observar las [Directrices Específicas para el Desarrollo de las Políticas sectoriales del PEIT](http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/FERROCARRILES/GE_N_POLITICA_FERROVIARIA/) en su apartado 5.2.2, pp. 64 a 68, disponible en http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/FERROCARRILES/GE_N_POLITICA_FERROVIARIA/, (último acceso 24 de enero de 2012).

- ❑ Establecimiento de una red de altas prestaciones, diseñada sobre todo para tráfico mixto
- ❑ Reducción del tiempo total del viaje en el transporte ferroviario interurbano
- ❑ Aumento de la participación del ferrocarril en el transporte de carga en media y larga distancia
- ❑ Definición de una red ferroviaria de mercancías
- ❑ Definición de una estrategia para el cambio de ancho en la red convencional
- ❑ Mantenimiento del nivel de seguridad del transporte ferroviario
- ❑ Definición de un sistema de mantenimiento integral y preventivo de la red ferroviaria
- ❑ Establecimiento de planes de conservación y modernización de la red ferroviaria convencional
- ❑ Definición de las grandes actuaciones en el medio urbano para mejorar la inserción del ferrocarril
- ❑ Se completarán las redes de cercanías y se modernizará su material móvil. En el aspecto institucional, se promoverá una mayor participación en su gestión de las CCAA y Autoridades de Transporte
- ❑ Definición de un nuevo marco para el desarrollo de los servicios ferroviarios de ámbito regional
- ❑ Establecimiento de horizontes temporales intermedios para el desarrollo del Plan, mediante la elaboración de planes sectoriales ferroviarios
- ❑ Puesta en valor del patrimonio público de las líneas cerradas en desuso.

4. EL PRIMER PAQUETE FERROVIARIO

Puede considerarse precursor de este paquete ferroviario el Libro Blanco - '*Estrategia para la revitalización de los ferrocarriles comunitarios*'¹⁴⁰, que insiste en progresar en la liberalización de este mercado y en la transferencia de cuota del transporte por carretera al ferroviario.

El 26 de febrero de 2001, tres nuevas directivas¹⁴¹ vienen a completar a las tres directivas anteriores preconizadoras de la apertura del mercado ferroviario europeo. Este Primer paquete ferroviario debía ser transpuesto y aplicado en los estados miembros a mas tardar el 15 de marzo de 2003.

¹⁴⁰ Libro Blanco de 30 de julio de 1996, COM(1996) 421.

¹⁴¹ Son: Directiva 2001/12, (que modifica la Directiva 91/440, ya mencionada); Directiva 2001/13, (que modifica la Directiva 95/18, ya mencionada) y la Directiva 2001/14, (que modifica la Directiva 95/19, ya mencionada), (DO L75 de 15 marzo 2001).

4.1. Directiva 2001/12/CE, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios

Esta Directiva modifica la directiva 91/440. Sus principales modificaciones son:

- Por la Directiva 2001/12 se añaden al art. 6 los apartados 3 y 4. Es importante el apartado 3, que dice así: “se encomienden a entidades o empresas que no presten a su vez servicios de transporte ferroviario, con el fin de garantizar un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura, las funciones enumeradas en el anexo II”:

- concesión de licencias de empresas ferroviarias¹⁴²;
- adjudicación de franjas, incluidas tanto la definición y la evaluación de disponibilidad;
- percepción de cánones por uso de infraestructura;
- supervisión del cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

Por tanto, será normalmente el gestor de la infraestructura el que lleve a cabo estas funciones fundamentales de concesión de licencias, adjudicación de la capacidad y el cobro de los cánones de acceso, que en todo caso, no podrá llevarlas a cabo ninguna empresa que preste servicios de transporte. Ahora bien, desde luego, da un paso para atrás al añadir un segundo párrafo al apartado 3 de este art. 6 y que posibilitó el modelo francés que acabamos de ver: “No obstante, los Estados miembros podrán asignar a empresas ferroviarias o a cualquier otro organismo el cobro de los cánones y la responsabilidad de gestionar la infraestructura ferroviaria, tal como la inversión, el mantenimiento y la financiación”.¹⁴³

Precisamente el objetivo de toda la liberalización ferroviaria es la separación vertical de las empresas monopolistas nacionales, con el fin de conseguir la independencia de gestión del gestor de la infraestructura y así poder garantizar un acceso no discriminatorio y evitar el cierre de mercado para que las empresas ferroviarias nuevas y

¹⁴² En algunos países esta función se encomienda al Ministerio de Transportes.

¹⁴³ Lo que pretende la reforma es que no se llevan a cabo *a su vez* servicios de transporte ferroviario y las funciones enumeradas en el anexo II. Sin embargo, crea confusión, y da lugar al modelo francés, en el cual no se entiende quién hace qué y si realmente estas funciones están verdaderamente separadas. De todos modos, este párrafo ha sido suprimido indirectamente y bastante tardíamente por la Directiva 2004/51 al suprimir el art. 7.2 de la Directiva 1990/440 que decía lo mismo; ahora queda como establecen los arts. 4.2 y 14.2 de la Directiva 2001/14 vigente, versión consolidada.

existentes puedan competir en igualdad de condiciones en el mercado de prestación de servicios de transporte. Y aunque se estableciera solamente una mínima separación contable en el seno de estos monopolios tradicionales, pretendía impedir que respecto a funciones tan fundamentales como las descritas en el Anexo II se pudiera dar un conflicto de intereses al prohibir que estas funciones pudieran ser llevadas a cabo por una empresa ferroviaria que al mismo tiempo gestionara la infraestructura y ofreciera servicios de transporte. Dificilmente podrá evitarse un conflicto de intereses tan obvio si la misma empresa ferroviaria nacional puede llevar a cabo el cobro de los cánones y ser responsable de la gestión de la infraestructura ferroviaria. El ejemplo más claro es el modelo estructural francés¹⁴⁴.

- Acceso total a la infraestructura ferroviaria para el transporte internacional de carga en toda la Red Transeuropea (RTE)¹⁴⁵: La apertura del mercado ferroviario de transporte de mercancías es gradual¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Véase apartado 3) del epígrafe III: 'Estructuras corporativas de los gestores/administradores de infraestructuras' de este capítulo, donde hago una breve descripción del sistema francés. Por su parte, "En general, los ferrocarriles franceses por su propia iniciativa no habrían emprendido las reformas institucionales llevadas a cabo, y desde luego ninguna fragmentación estructural sin el impulso de la Comisión Europea. Aun así, la liberalización de los ferrocarriles franceses, aparentemente en línea con los requisitos de las directivas comunitarias, pero sin duda en disconformidad con la filosofía de la Comisión y espíritu europeo". En QUINET, E.: "French Railways on the razor's edge. Situation and perspectives of the French Railways system", Jornadas sobre competencia en el transporte ferroviario, 16 y 17 septiembre de 2004, Fundación Rafael del Pino, pag.3.

¹⁴⁵ Art. 10-3. Cualquiera que sea su modo de funcionamiento, se concederá a las empresas ferroviarias incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 2, en condiciones equitativas, el acceso que deseen a la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías definida en el artículo 10 bis y en el anexo I, y en todo caso, después del 15 de marzo de 2008, a toda la red ferroviaria, para la explotación de servicios de transporte internacional de mercancías.

¹⁴⁶ La apertura del mercado de carga ha sido progresiva, basada en la misma creación de la Red Transeuropea de Transporte de Mercancías, cuyo objetivo era permitir la circulación transfronteriza continua y efectiva de los trenes de carga por un eje internacional. Después de la entrada en vigor de la Directiva 91/440 con su limitada apertura del mercado ferroviario, la Comisión defendió un acceso completo para la instauración de corredores ferroviarios transeuropeos, llamados "freeways". Francia fue uno de los países que más se opuso a la implantación del Libro Blanco de 1996 y de los "freeways" que se proponían en el mismo. Aunque los "freeways" abren el camino a la liberalización del mercado de carga, el concepto de "freightways", impulsado por Francia, se basa en sí mismo más en la cooperación entre los diferentes actores. Después del 1 de enero de 1998, se ponen en funcionamiento cuatro corredores de carga ferroviaria, impulsados por la Comunicación de 1997 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 29 de mayo de 1997, (COM (97) 242), relativa a las '*Superpistas ferroviarias transeuropeas de transporte de mercancías*', con el fin de garantizar el libre acceso a ellos a todos los operadores y simplificar el uso de las infraestructuras ferroviarias por medio de la ventanilla única, gestionada por un solo gestor de la infraestructura. De este modo, *Belifret* es un acuerdo de cooperación firmado el 12 de enero de 1998 entre Bélgica, Italia, Luxemburgo y Francia. El 27 de febrero de 1998, RENFE, SNCF, RFF, SNCB, CFL y FS firmaron el acuerdo marco por el que RENFE incorpora, a partir del 24 de mayo, el eje Barcelona-Valencia-Port Bou al primer freightway, y configurando por tanto, un nuevo eje: Muizen-Goia Tauro-Valencia, que enlazaría los centros

Con la Directiva 2001/12 se modifica el régimen establecido en la Directiva 91/440 respecto a la exigencia de la formación de agrupaciones internacionales, puesto que con esta nueva Directiva se debía garantizar el acceso a la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías definida en el artículo 10 bis y en el anexo I¹⁴⁷, y en todo caso, después del 15 de marzo de 2008, a toda la red ferroviaria, para la explotación de servicios de transporte internacional de mercancías. Con ello, se establece que a partir del 15 de marzo de 2008 la liberalización del mercado ferroviario de transporte de carga es absoluta.

Adelantándonos al orden cronológico y como veremos, por la Directiva 2004/51 se adelanta la fecha de apertura del mercado de transporte ferroviario internacional de mercancías al 1 de enero de 2006 a toda la red ferroviaria, y para la apertura total, incluido el cabotaje y el transporte doméstico, a más tardar el 1 de enero de 2007, esto es, “para la explotación de todo tipo de servicios de transporte de mercancías.”

- Por último, la gran novedad introducida por la D. 2001/12 (art. 10 (7)) es el Organismo Regulador Ferroviario, como órgano supervisor de la competencia en el mercado de los servicios ferroviarios liberalizados y con estatuto independiente.

4.2. Directiva 2001/13/CE, por la que se modifica la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias

económicos de Muizen (Bélgica), Bettembourg (Luxemburgo), Sibelin/Venssieux (Francia), Turin-Genova-La Spezia-Gioia-Tauro (Italia), y Port Bou-Barcelona-Valencia. En 1999, a partir del 1 de febrero se pone en servicio un nuevo corredor que enlaza Alemania, Países Bajos, Austria, Suiza e Italia. El cuarto corredor enlaza Glasgow con Sopron (Hungría), que no tuvo mucho éxito.

¹⁴⁷ Esto es, a partir del 15 de marzo de 2003 que entra en vigor la Directiva 2001/12 no es necesario el requisito esencial de formar una agrupación internacional para el transporte internacional de mercancías (si para el transporte internacional de pasajeros y hasta 2010), siempre que dicho servicio de transporte se lleve a cabo exclusivamente por la Red Trans-Europea (RTE). Después de un largo periodo de 10 años tras la apertura de la liberalización ya no es necesario formar una agrupación internacional para el transporte de mercancías bajo ciertas condiciones, pero aun seguía siendo necesario para pasajeros. El requisito esencial de formar una agrupación internacional dependía de que la empresa ferroviaria nacional (antiguo monopolio) con una posición monopolista en el mercado quisiera formar dicha agrupación con otra empresa ferroviaria, como exigía el art. 10 de la Directiva 91/440 para tener derechos de acceso para poder realizar transporte internacional, lo que dio lugar a abusos anticompetitivos como se puede ver en el epígrafe IV del capítulo IV de este trabajo y en contra de toda esta política de liberalización del transporte ferroviario comunitario.

Por la Directiva 2001/13 se ampliaba este sistema de concesión de licencias a todas las empresas ferroviarias que pudieran participar en este mercado, y no sólo a las del ámbito de aplicación del art. 10 de la Directiva 91/440, es decir, no sólo a las empresas que debían formar agrupaciones internacionales, sino también a aquéllas que necesitaran dichas licencias para circular por la Red Trans-Europea (RTE).

El Considerando 7 de esta Directiva dejaba muy claro que, en aplicación y como consecuencia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el ámbito para la aplicación de estas licencias y, por tanto, de los paquetes ferroviarios, era el ámbito comunitario, y al menos hasta ese momento, estas Directivas no regían en los ámbitos nacionales como tales, sino como parte de los tráficos comunitarios. Dice así: “(7) Con arreglo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad indicados en el artículo 5 del Tratado, los objetivos de la presente Directiva, es decir, el establecimiento de principios generales del sistema de concesión de licencias de empresas ferroviarias y el reconocimiento mutuo de dichas licencias en toda la Comunidad, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, habida cuenta de la dimensión manifiestamente internacional de la expedición de tales licencias, y, por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a sus implicaciones transnacionales, a nivel comunitario; la presente Directiva se limita al mínimo imprescindible para alcanzar estos objetivos y no excede de lo necesario a tal fin.” Los mercados nacionales, es decir, la liberalización de los servicios de transporte ferroviario nacionales, continuarían cerrados. Esto significaba, que a pesar del derecho de establecimiento consagrado en el Tratado originario, a marzo de 2003, una empresa ferroviaria de un Estado miembro no se podía establecer para ofrecer sus servicios ferroviarios de transporte en otro Estado miembro por falta de la licencia nacional, a no ser que fuera parte de un servicio de transporte internacional de mercancías o de una agrupación internacional de empresas para realizar transporte de pasajeros.

4.3. Directiva 2001/14/CE relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización

Importantísima Directiva para el progreso de liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril, que reemplaza a la directiva 95/19, aunque constituye más bien una directiva nueva y no de modificación, (como lo fueron las Directivas 2001/12 y 13). Las cuestiones más significativas son:

- Su consecuencia más importante es que a partir del 15 de marzo de 2003, ningún operador de servicios de transporte ferroviarios puede encargarse de la adjudicación de la capacidad de la infraestructura ferroviaria con el fin de evitar toda práctica discriminatoria. Tal función es encomendada al gestor de la infraestructura, es decir, la asignación de las franjas ferroviarias¹⁴⁸ a los operadores ferroviarios (art. 14.1 de la Directiva). Pero el mismo artículo 14, en el apartado 2, prevé incluso que “si en los aspectos legal, organizativo o de toma de decisiones el administrador de infraestructuras no fuere independiente de cualquier empresa ferroviaria, las funciones de adjudicación de capacidad serán ejercidas por un organismo adjudicador que en los aspectos legal, organizativo y de toma de decisiones sea independiente de toda empresa ferroviaria.”¹⁴⁹

Por tanto, este art. 14 además viene a salvar el conflicto que se planteaba en la Directiva 2001/12 por vía del segundo párrafo añadido al apartado 3 de su art. 6 (que hemos visto en el estudio de esta Directiva 2001/12 antes)¹⁵⁰. Desde mi punto de vista, se complicaba lo ya de por sí complicado, porque es, cuanto menos, lógico que el organismo de adjudicación de la capacidad no pueda asimismo prestar servicios de transporte para los que necesita y a de solicitar una cierta capacidad, ya que el conflicto de interés es obvio.

- ¿Quién puede solicitar franjas ferroviarias (capacidad)? Con el fin de facilitar la apertura a la competencia del mercado ferroviario, esta Directiva amplía a dos categorías las empresas que pueden solicitar franjas en su art. 2. La primera es la empresa ferroviaria, tal y como es definida en las Directivas fundadoras, por lo que no añade nada nuevo, es decir, la empresa titular de una licencia que en todo caso ha de aportar la tracción¹⁵¹. La segunda viene dado por la definición de “candidato¹⁵²”. Al introducir esta

¹⁴⁸ El art. 2-i) define *franja ferroviaria* (también llamados *surcos ferroviarios*), que es “la capacidad de infraestructura necesaria para que un tren circule entre dos puntos en un momento dado.”

¹⁴⁹ También dice lo mismo su art. 4.2.

¹⁵⁰ De este modo, en Alemania, DB Netz, como gestor de la infraestructura, también atribuía cuando la promulgación de esta Directiva, las franjas ferroviarias y fijaba los cánones, que negociaba con las diferentes empresas ferroviarias; controlada en estas negociaciones por el organismo regulador dependiente del Ministerio de Transportes. Sin embargo, la imparcialidad de gestión de DB Netz se puso en tela de juicio pues pertenecía al holding Deutsche Bahn, de modo que los estatutos del holding fueron revisados para garantizar la independencia de DB Netz en la fijación de los cánones y para instaurar una agencia de adjudicación de franjas ferroviarias en el seno de la Oficina Federal de Ferrocarriles.

¹⁵¹ Vease la definición, vista al principio del epígrafe 2, que ofrece la Directiva 91/440.

¹⁵² Art. 2-b) “Candidato: la empresa ferroviaria con licencia o una agrupación internacional de empresas ferroviarias y, en los Estados miembros que prevean esta posibilidad, otras personas físicas o jurídicas interesadas comercialmente o por razones de servicio público en adquirir capacidad de infraestructura, tales como las autoridades públicas con arreglo al Reglamento (CEE) 1191/69 (12), consignatarios, cargadores y operadores de transporte combinado, para la explotación de un servicio ferroviario en sus territorios respectivos.”

noción de candidato, la Directiva abría la posibilidad a que las regiones francesas (Consejos Regionales franceses), o incluso las Comunidades Autónomas¹⁵³ en España, pudieran estar presentes en el mercado ferroviario, como lo estaban ya lo *lander* alemanes. Cada Estado miembro podía decidir sobre los requisitos que debía reunir el candidato para poder solicitar y obtener franjas ferroviarias¹⁵⁴. En lo sucesivo, los Estados miembros podían decidir ampliar esta noción a los consignatarios, cargadores y operadores de transporte combinado u otras autoridades, y por tanto, no limitándose la entrada al mercado a los operadores de transporte ferroviario sino a otras empresas en general, incluso personas físicas¹⁵⁵.

- La Directiva 2001/14 introduce el concepto y régimen de 'infraestructura congestionada' (art. 2, c)), e indica que cuando se declare la infraestructura congestionada, el gestor de la infraestructura debe realizar un análisis de capacidad, para reajustar los servicios. Si esta medida no es suficiente, se valorará un aumento de

¹⁵³ En España, por la ORDEN FOM/897/2005, de 7 de abril, *relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria* se introduce la figura de los 'candidatos'; Su artículo 9, refiere los candidatos que pueden solicitar capacidad en la red nacional: "De conformidad con lo establecido en la Ley y en el Reglamento del Sector Ferroviario, las solicitudes de capacidad de infraestructura ferroviaria podrán ser presentadas por:

a) Las empresas ferroviarias que, previamente, hayan obtenido la licencia de empresa ferroviaria y las agrupaciones empresariales internacionales que constituyan dichas empresas.

b) Los agentes de transporte, los cargadores y los operadores de transporte combinado que estén interesados en la explotación de un servicio de transporte ferroviario y dispongan, con arreglo al artículo 80 del Reglamento del Sector Ferroviario, de la correspondiente habilitación al efecto.

c) Las administraciones públicas con atribuciones en materia de prestación de servicios de transporte y que estuvieren interesadas en la prestación de determinados servicios de transporte ferroviario." En suma, estrictamente los candidatos que permite la Directiva 2001/14 (art. 2).

¹⁵⁴ La redacción de este artículo fue suavizada, (*-en los Estados miembros que prevean esta posibilidad-*), pues en un principio, la Comisión estableció la obligación, y no la facultad, para los Estados miembros de aceptar a los candidatos referidos en el art. 2. La Comisión, para sostener este criterio, se justificó en la apertura, en ciertos Estados miembros, de sus redes ferroviarias a estos candidatos, al haber hecho una transposición extensiva de las disposiciones de la Directiva 91/440. Las autoridades francesas y la Asamblea Nacional se opusieron fervientemente en 1999, basándose en el principio de subsidiariedad, por lo que los Estados miembros eran libres de elegir el modo de su organización ferroviaria; Aún más, los Estados eligen el grado de apertura a la competencia de sus propias redes ferroviarias.

¹⁵⁵ En mi opinión esta disposición corrige la interpretación del TPI en el asunto *ENS*, que analizamos en el cap. IV, epígrafe IV-3): en la que el tribunal indicó que el concepto de "operador de transporte" no tenía cabida en la realidad del mercado ferroviario en ese momento (bajo el régimen de la Directiva 91/440). Sin embargo, el primer paquete ferroviario es la única legislación posterior a la Directiva 91/440, siendo que esta Directiva 2001/14 amplía al máximo las personas (físicas o jurídicas) que pueden pedir adjudicación de capacidad. Era un salto tremendo pasar de que sólo podían pedir dicha capacidad las empresas ferroviarias nacionales, bajo la Directiva 91/440, a todo el mundo, bajo la Directiva 2001/14. Entiendo que la Comisión quiso desde un primer momento que los operadores de transporte ferroviarios o empresas de servicios de transporte ferroviario, -distintas de las nacionales-, pudieran adjudicarse capacidad para operar dichos servicios de ferrocarril.

la capacidad que se analizará con los operadores afectados, incluyendo un análisis de rentabilidad. La solución final llevaría a un Plan de actuación (según los art. 22, 25 y 26). Este punto es acorde con los criterios que se siguen en relación con la DRE/EFD cuando se trata de un recurso esencial de capacidad escasa, que se verá en el cap. V de este trabajo (epígrafe 6.2).

- Con el fin de regular el acceso a la red, el Considerando (5) indica “para garantizar la transparencia y el acceso no discriminatorio a la infraestructura ferroviaria de todas las empresas ferroviarias, toda la información necesaria para la utilización de los derechos de acceso se publicará en una declaración sobre la red.” Y respecto a ello, el artículo 3, dedicado a la Declaración sobre la red, establece en el apartado 2 que “la declaración sobre la red expondrá las características de la infraestructura puesta a disposición de las empresas ferroviarias, y contendrá información sobre las condiciones de acceso a la misma. En el anexo I se incluye el contenido de la declaración sobre la red¹⁵⁶.”

Se trata de información esencial, especialmente necesaria en el ámbito ferroviario por su complejidad. En el capítulo IV de este trabajo se exponen algunos casos tratados bajo el régimen de la DRE/EFD en donde se considera la información como un recurso esencial.

¹⁵⁶ ANEXO I: Contenido de la declaración sobre la red. La declaración sobre la red prevista en el artículo 3 comprenderá la siguiente información:

1. Un capítulo en el que se expondrá la naturaleza de la infraestructura puesta a disposición de las empresas ferroviarias y las condiciones de acceso a la misma.

2. Un capítulo dedicado a los cánones y principios de tarificación, que expondrá con el debido detalle tanto el sistema de tarificación como la información suficiente sobre los cánones aplicables a los servicios enumerados en el anexo II que preste un solo proveedor. Incluirá la metodología, reglamentaciones y, cuando sean de aplicación, baremos empleados para aplicar los apartados 4 y 5 del artículo 7 y los artículos 8 y 9. Además, contendrá información sobre cualquier cambio ya decidido o previsto con relación a los cánones.

3. Un capítulo relativo a los principios y criterios que regirán la adjudicación de capacidad, que expondrá las características de capacidad generales de la infraestructura puesta a disposición de las empresas ferroviarias, así como cualesquiera restricciones de su uso, incluidas las necesidades previsibles de capacidad para el mantenimiento. En este capítulo también se detallarán los procedimientos y plazos del procedimiento de adjudicación de capacidad. Se incluirán los criterios específicos utilizados en dicho procedimiento y, en particular:

- a) el procedimiento con arreglo al cual los candidatos pueden solicitar capacidad al administrador de infraestructuras;

- b) las disposiciones que deben cumplir los candidatos;

- c) el calendario para las solicitudes y procedimientos de adjudicación;

- d) los principios que rigen el procedimiento de coordinación;

- e) los procedimientos y criterios utilizados en caso de congestión de la capacidad;

- f) los detalles de las restricciones al uso de infraestructuras;

- g) toda condición por la que se tengan en cuenta los precedentes niveles de uso de la capacidad para el establecimiento de prioridades en el procedimiento de adjudicación.

Se consignarán con detalle las medidas adoptadas para garantizar un trato adecuado a los servicios de mercancías, servicios internacionales y solicitudes supeditadas al procedimiento extraordinario.

La información respecto a la Declaración sobre la Red es esencial para toda empresa ferroviaria que quiera operar servicios de transporte por ferrocarril.

- Respecto a la fijación de las normas de seguridad, la certificación del material rodante y las investigaciones en caso de accidente, corresponden a una entidad distinta de las empresas ferroviarias, para garantizar una vez más, un acceso equitativo y no discriminatorio a todos los operadores ferroviarios.
- Por otra parte, la apertura a la competencia, no sólo concierne a partir del 16 de marzo de 2003 a los servicios de carga sino también a la adquisición y mantenimiento del material rodante¹⁵⁷.

La gestión del material rodante deviene una actividad independiente, y deja de estar integrada, como en el pasado, en el seno de los grupos históricos, abriéndose a la competencia como mercado de prestación y mantenimiento del material rodante. Este mercado está en pleno desarrollo teniendo en cuenta que el mantenimiento representa las dos terceras partes del coste total en este mercado, mientras que la adquisición del material rodante sólo representa un tercio¹⁵⁸.

- La Directiva 2001/14, como hemos visto (en el primer punto de análisis de esta Directiva), exige un organismo de control independiente en el ámbito específico de la

¹⁵⁷ El material rodante puede constituir una gran barrera de entrada en un mercado de tres maneras: En la gestión de las instalaciones, como servicios de maniobra de grúas, abastecimiento de combustible, etc, por ejemplo en Italia, son llevados a cabo por Trenitalia, o por otros operadores multi-modales que son parcialmente propiedad de Trenitalia. Esto crea problemas a otras empresas ferroviarias que buscan acceso a la red. La segunda posible barrera implica el acceso a los puertos, necesario para el desarrollo de una red de carga integrada, y los mismos problemas se darán en el acceso a las instalaciones de mantenimiento. En tercer lugar, respecto al proceso de homologación de material rodante y locomotoras de segunda mano; así, RFI está a cargo del procedimiento de homologación, pero algunas pruebas como los tests de las máquinas, son llevados a cabo por una filial de Trenitalia. Oficialmente esto es debido a una falta de habilidades e instalaciones por parte de RFI. La homologación es necesaria para obtener el certificado de seguridad para poder acceder a la red. Esta situación crea un potencial conflicto de intereses.

¹⁵⁸ En Reino Unido, los nuevos operadores, a fin de evitar soportar estos importantes costes inherentes a sus actividades, adquieren el material rodante y su mantenimiento de los proveedores que se lo ofrecen como contrato de "full services" (servicio completo). Con la única excepción de Reino Unido, que ha creado las 'Rolling Stock Companies' (ROSCO's), propietarias y gestoras del material rodante, los otros Estados miembros han conservado el clásico esquema histórico según el cual los gestores de las actividades de transporte ferroviario son propietarios del material rodante. En estas actividades, Francia e Italia conservaron de forma integrada una organización del material rodante, lo mismo que Alemania, que tras reorganizar sus diversas actividades, volvió a este sistema. En los Países Bajos, la gestión del material fue confiada a la filial *NS Materieel*, que ofrecía prestación de servicios de mantenimiento, de renovación o de asesoramiento para las especificaciones de materiales nuevos antes de su puesta en servicio.

adjudicación de la capacidad, -si no realizara dicha función el mismo gestor de la infraestructura-, contemplándose la posibilidad de que sea distinto del Organismo Regulador Ferroviario, si cumple con los requisitos de independencia del art. 30 (1) de esta Directiva.

Y es que esta Directiva introduce la creación de un organismo de control (el mismo y al mismo tiempo que la Directiva 2001/12) para garantizar un trato equitativo y no discriminatorio de todas las empresas ferroviarias. De este modo, el art. 30-1 establece que *“los Estados miembros crearán un organismo regulador. Dicho organismo, que podrá ser el Ministerio encargado de transportes o cualquier otro organismo, será independiente de todo administrador de infraestructuras, organismo de tarificación, organismo adjudicador y candidato en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones.”* Como hemos visto antes, en línea con la D. 2001/12 (art. 10 (7)) se trata del mismo Organismo Regulador Ferroviario.

A) Importancia del Organismo Regulador Ferroviario

El objetivo de este Organismo Regulatorio es garantizar un acceso justo y no-discriminatorio a la red ferroviaria y sus servicios. Sus competencias y funciones se recogen en los arts. 30 y 31 de la Directiva 2001/14/EC, así como el art. 10 (7) de la Directiva 91/440/EEC (en su modificación por la Directiva 2001/12/EC).

Sus principales tareas son las siguientes:

- Es un organismo de apelación en relación con las decisiones tomadas por parte de un gestor de la infraestructura o una empresa ferroviaria respecto a condiciones de acceso discriminatorias, en particular respecto a la Declaración de la Red y los criterios contenidos en la misma; los procesos de adjudicación de franjas ferroviarias y sus resultados; el sistema de tarificación y el nivel y estructura de los cánones de infraestructura. Cualquier parte interesada puede sustanciar una queja si piensa que ha sido tratado injustamente o discriminatoriamente o perjudicado en cualquier otro sentido.
- El Organismo Regulatorio debe asegurarse de que las tarifas establecidas por el gestor de la infraestructura no sean discriminatorias. Supervisará las negociaciones entre un demandante de acceso y el gestor de la infraestructura respecto al nivel de tarifas e intervendrá si es necesario.

- El Organismo Regulatorio vigilará la competencia en el mercado de servicios ferroviarios. En esta función decidirá respecto a las quejas o, bajo su propia iniciativa, sobre medidas apropiadas para corregir progresos indeseados.
- El Organismo Regulatorio tendrá derecho a solicitar información relevante al gestor de la infraestructura, a los demandantes de acceso y a cualquier tercero implicado dentro del Estado miembro en cuestión, y que dicha información debe ser suministrada sin demora.

La necesidad de organismos regulatorios ferroviarios independientes y con credibilidad es de la mayor importancia para el correcto funcionamiento del mercado ferroviario, lo que debe tenerse muy presente para que tomen decisiones por ellos mismos, y no en función de la presión y exigencias de revisión judicial de sus decisiones; Por otra parte, no deben ser confinados a proponer únicamente medidas que deban ser adoptadas por otras instituciones estatales.

Asimismo, las actividades de las Autoridades Nacionales de Competencia en el campo ferroviario deben ser evaluadas tanto como el grado de cooperación e intercambio de información entre las Autoridades Nacionales de Competencia y los Organismos Regulatorios, con vistas a llegar a un enfoque coordinado en temas regulatorios y de competencia; cuestión que trataremos con detenimiento en el capítulo II.

Dentro del marco del grupo de trabajo creado bajo el Comité Consultivo y de Reglamentación¹⁵⁹ previsto por la Directiva 2001/14/EC se llevó a cabo una consulta en la que participaron la Comunidad de los Ferrocarriles Europeos (CER), los Gestores de Infraestructura Europeos (EIM) y la Asociación Europea de Carga Ferroviaria (ERFA), en la que se pusieron de manifiesto los principales errores en el funcionamiento actual de los Organismos Regulatorios en los Estados miembros:

- los Organismos Regulatorios no controlan el mercado y tienden a recurrir, para buscar consejo, a la empresa ferroviaria nacional, lo que afecta a su obligación de independencia;

¹⁵⁹ Al respecto, en relación con los Comités de Comitología véase nota al pie 155 más adelante.

- no se da a los Organismos Regulatorios directrices claras y, les falta la competencia apropiada y necesaria para llevar a cabo sus tareas¹⁶⁰;
- a menudo los Organismos Regulatorios carecen de los recursos apropiados y, por lo tanto, no pueden llevar a cabo sus tareas;
- no tienen una política de información, o es insuficiente, y de ahí que no sea posible ponerse en contacto con dicho Organismo;
- la división de tareas de los Organismos Regulatorios entre varias entidades institucionales complica más que facilita su funcionamiento: parte de las funciones de regulación se encuentran en el Ministerio, y otras partes en una autoridad que no es parte de un Ministerio;
- los procedimientos son largos y llevan mucho tiempo: se requiere mucho tiempo antes de que se tomen decisiones y resoluciones;
- deberían hacerse públicas las decisiones y resoluciones del Organismo Regulatorio.

Se recoge un listado actual de los Organismos Regulatorios en los Estados miembros en el Anexo 4 del Documento de Trabajo (SEC (2009) 1687) que acompaña al *Segundo Informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario* (COM (2009) 676).

B) Cánones de acceso a la infraestructura ferroviaria

A partir de la separación contable de la gestión de la infraestructura de los servicios de transporte, las empresas ferroviarias deben pagar un canon al gestor de la infraestructura para poder tener acceso a una determinada red y poder circular y usar las infraestructuras necesarias a disposición. La Directiva 2001/14/EC establece como canon de acceso el coste marginal como principio general, que supone que los cánones por utilización de infraestructuras deben ser equivalentes al coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario, (art. 7-3 y Considerandos 38 y 39). Se dedican los arts. 4 a 12 de esta Directiva a la regulación de los cánones.

¹⁶⁰ Por ejemplo, es el Estado el que establece las directrices y el marco de política ferroviaria nacional, y por tanto, las medidas regulatorias específicas para solucionar los fallos de ese determinado mercado. Al mismo tiempo, para que el Organismo Regulador Ferroviario pueda llevar a cabo sus funciones con independencia y eficiencia, necesitará directrices claras de los objetivos a perseguir.

Sin embargo, en ciertas condiciones la Directiva prevé márgenes que pueden ir tan lejos como que resulten en la cobertura total de los costes que genera el uso de la infraestructura, que pueden incluir los costes de mantenimiento (art. 7-9), los efectos ambientales que se causan (art. 7-5) o la escasez de capacidad (art. 7-4 y considerando 25).

La aplicación de esta variedad de disposiciones por los gestores de la infraestructura en los diferentes Estados miembros resulta en sistemas y niveles muy diferentes de tarificación. En la actualidad, coexisten diferentes sistemas, que han adoptado los gestores de la infraestructura, y que vienen a consistir en general, con sus correspondientes variaciones, en los siguientes: canon que cubra todos los costes que se generan, canon que cubra el coste de funcionamiento y mantenimiento de la infraestructura o un canon según el coste marginal¹⁶¹, (respectivamente de mayor a menor cobertura.)

El nivel de tarificación depende en gran medida del apoyo financiero que cada Estado miembro da al gestor de la infraestructura. Este apoyo es sustancial en los Estados miembros de antigua adhesión a la Unión, pero modesto en los nuevos Estados. Esta situación conduce a situaciones que son perjudiciales para el desarrollo del transporte ferroviario en su conjunto, puesto que resulta en muy altas tarifas para los trenes de carga que permite reducir las tarifas para los trenes de pasajeros, con vistas a dar una compensación por las obligaciones de servicio público no financiadas por las autoridades públicas que los imponen. La cuestión es si tal escenario es compatible con los requisitos de la Directiva, en particular el requisito de que el canon debe estar basado en los costes en los que verdaderamente se incurre. Además, la subvención cruzada es una amenaza a la competitividad del transporte ferroviario de carga comparado con las alternativas, en particular el transporte de carga por carretera.

El acuerdo alcanzado por el Consejo y el Parlamento Europeo respecto a la euroviñeta en 2006 ayuda en esta dirección hacia la competencia intermodal, al permitir un cierto reequilibrio modal en la internalización de los costes externos para todos los modos de transporte. Es deseable que los Estados miembros, los cuales determinan los principios subyacentes en la tarificación de la infraestructura ferroviaria, tengan en cuenta la

¹⁶¹ En Reino Unido, debido a la obligación de cubrir todos los costes, el gestor de la infraestructura, Network Rail, estableció un canon que cubriera todos los costes, lo que le permitía además obtener beneficios. En Alemania, el Estado absorbe mayormente el coste de las inversiones, y el canon se calcula según el coste de funcionamiento y mantenimiento de la infraestructura. En el resto de los países, aunque en diferente grado de aplicación, el canon se basa solamente en el coste marginal aunque teniendo en cuenta los costes de infraestructura inherentes a la circulación ferroviaria.

tarificación de la infraestructura de carreteras, particularmente a lo largo de los principales corredores de carga europea, con el fin de evitar distorsiones de competencia intolerables. Por ejemplo en Polonia, la tarificación del ferrocarril es muy alta mientras que la de la carretera virtualmente no existe, de este modo distorsionando la competencia, pues unos y otros operadores no acceden al mercado en igualdad de condiciones.

Generalmente, los administradores de infraestructura no incluyen los costes externos en sus tarifas. La Directiva 2001/14/EC sólo permite la inclusión de los costes externos si los modos de transporte competidores hacen lo mismo (art. 7-5 y considerando 32). Por el momento, únicamente un reducido número de administradores de infraestructura hacen uso de esta opción de diferenciar las tarifas de acuerdo a los diferentes costes externos. Cuando los trenes usan tracción con Diesel, algunos Estados miembros incluyen un impuesto sobre el carburante. Ahora bien, dado el potencial de reducción de ruido, por ejemplo por medio de diferentes sistemas de frenado para los vagones de carga o el tratamiento del extractor para la máquinas Diesel, hay espacio para crear incentivos para un sistema más respetuoso con el medioambiente.

En el Anexo 21 del Documento de Trabajo (SEC (2009) 1687) que acompaña al '*Segundo Informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*' (COM (2009) 676) se recoge el nivel tarifario de los cánones para carga y pasajeros en los 25 Estados miembros que cuentan con una red ferroviaria (ya que Chipre y Malta no disponen de ferrocarril), los cuales varían de forma muy importante de un gestor de infraestructura a otro. En general, son muy altos para el transporte de mercancías en los nuevos Estados miembros, especialmente en Eslovaquia y en los países bálticos; en cambio, los cánones más bajos se registran en Dinamarca, España y Suecia. En lo que se refiere a los cánones de acceso para los trenes de viajeros *intercity*, los más altos son los de Bélgica, Lituania y Alemania, y los más bajos, los de los países nórdicos; asimismo, como se puede observar, España es uno de los países con cánones más bajos, incluso el país con el ratio de tarifa de acceso más reducida de todos respecto a un tren estándar de 960 toneladas de carga bruta en relación a uno de pasajeros *intercity* de 590 toneladas de carga bruta, lo que indica una fuerte financiación estatal y una intención de fomentar el transporte ferroviario, especialmente el de carga¹⁶².

¹⁶² Puede que la razón de esta reducida tarificación se encuentre en lo que dice ESCAP (2003), pag. 14: "El transporte por carretera no internaliza completamente todos los costes sociales que genera y los economistas a menudo recomiendan el uso de impuestos de congestión y/o polución,

C) RailNetEurope

Con el fin de coordinar y facilitar la adquisición de acceso a las rutas internacionales en la Red Trans Europea, y ayudar en la transición a la liberalización de los servicios ferroviarios, los administradores de infraestructura europeos formaron RailNetEurope (RNE) con el fin de estandarizar la forma con la que tratar con sus clientes, los operadores de servicios de transporte ferroviarios. RailNetEurope se fundó en Enero de 2004 con 16 miembros, en base al art. 4-3 y 11 de la Directiva 2001/14¹⁶³.

RNE está compuesto por los gestores de infraestructura de todos los Estados de la Unión, excepto los países bálticos, Irlanda e Irlanda del Norte, aunque se incluyen los gestores de infraestructura de Suiza y Noruega. Su principal objetivo es reducir las barreras de información a la entrada potencial de nuevas empresas a este mercado.

El sistema europeo de información de tarifas de Infraestructura (EICIS) genera una estimación inicial del precio de una ruta ferroviaria internacional, comprendiendo tarifas a través de las redes nacionales, incluyéndose honorarios de maniobras y estaciones. Es propósito de RNE extender este sistema por todas las redes de los Estados miembros. Se actualiza regularmente y opera las 24 horas del día. Aunque requiere una cuenta de usuario para acceder a este sistema, es fácilmente accesible. El uso de este sistema EICIS muestra paso a paso el proceso necesario para encontrar y calcular las tarifas de acceso, permitiendo al operador estimar de punto a punto la tarifa de acceso para trenes de diferentes características, incluyéndose tarifas en ruta de maniobras, ver la ruta elegida en forma gráfica, y la variación de supuestos para comprobar medios de operatividad más eficientes¹⁶⁴.

4.4. Balance: el primer paquete ferroviario tropieza con las disfunciones recurrentes del modo de transporte ferroviario

por ejemplo, para tomar esto en consideración. Sin embargo, cuando estos mecanismos no son factibles o viables políticamente, puede ser preferible bajar las tarifas ferroviarias con el fin de obtener un equilibrio intermodal de conjunto”.

¹⁶³ Art. 4-3: “Los administradores de infraestructuras cooperarán para la explotación eficiente de los servicios ferroviarios que atraviesen más de una red de infraestructura. En particular, tratarán de garantizar una competitividad óptima del tráfico internacional de mercancías por ferrocarril y asegurar el uso eficiente de la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías. Podrán crear entidades conjuntas adecuadas para ese fin. Toda cooperación o entidad conjunta estará sujeta a lo prescrito en la presente Directiva.”

¹⁶⁴ Su página web es <http://www.railneteurope.com> y en la actualidad está compuesta por 38 miembros.

Asiste a la Comisión un grupo de trabajo de expertos provenientes de los Ministerios de Transporte de los Estados miembros. Este grupo ayuda a la Comisión valorando los requisitos de información y disponibilidad de datos en relación con la observación de la evolución del mercado ferroviario. Este grupo de trabajo se establece bajo la dirección del Comité de Regulación creado por la Directiva 2001/12 (art. 11 bis), y es uno de los tan nombrados 'Comités de Comitología'¹⁶⁵ formado por representantes de los Estados miembros que asisten a la Comisión en la aplicación de las políticas y medidas legales que hayan sido adoptadas por el PE y el Consejo de Ministros.

Para esta misión de observación de la evolución del mercado ferroviario surge el Proyecto de Supervisión del Mercado Ferroviario, llamado "The Rail Market Monitoring Scheme" (RMMS¹⁶⁶) que lleva a cabo el Grupo de Trabajo mencionado. Dicha supervisión aporta a

¹⁶⁵ Los Comités de Comitología se crean bajo la Decisión del Consejo de 28 de Junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (1999/468/EC). Esta Decisión es modificada por la Decisión del Consejo 2006/512/CE, de 17 de julio de 2006. Respecto de los actos que adopta, el Consejo atribuye a la Comisión las competencias de ejecución de las normas que éste establece; el Consejo puede someter el ejercicio de estas competencias a determinadas condiciones; asimismo puede reservarse, en casos específicos debidamente motivados, el ejercicio directo de las competencias de ejecución. De este modo, establece el art. 2 que la elección de los procedimientos para la adopción de medidas de ejecución se inspirará en los criterios siguientes:

a) las medidas de gestión, tales como las relativas a la aplicación de la política agrícola común y la política pesquera común o a la ejecución de programas con implicaciones presupuestarias importantes, deberían aprobarse con arreglo al procedimiento de gestión; (Segun el art. 4, la Comisión estará asistida por un Comité de gestión compuesto por los representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión).

b) las medidas de alcance general por las que se desarrollen los elementos esenciales de un acto de base, incluidas las relativas a la protección de la salud de las personas, los animales o las plantas, deberían aprobarse con arreglo al procedimiento de reglamentación.

Cuando un acto de base establezca que determinados elementos no esenciales de ese acto pueden adaptarse o actualizarse mediante procedimientos de ejecución, estas medidas deberían aprobarse con arreglo al procedimiento de reglamentación; (Segun el art. 5, la Comisión estará asistida por un Comité de reglamentación compuesto por los representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión.)

c) sin perjuicio de lo dispuesto en las letras a) y b), se aplicará el procedimiento consultivo en todos los casos en que se considere el más adecuado. (Segun el art. 3, la Comisión estará asistida por un Comité consultivo compuesto por los representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión.)

Esta Decisión 1999/468 fue modificada por la Decisión 2006/512 del Consejo, de 17 de julio de 2006, que modifica la Decisión 1999/468/CE por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, (2006/512/CE), con el unico fin de introducir en ella un nuevo tipo de procedimiento para el ejercicio de las competencias de ejecución: el procedimiento de reglamentación con control, que permita al legislador oponerse a la adopción de un proyecto de medidas cuando indique que excede de las competencias de ejecución previstas en el acto de base, o que el proyecto no es compatible con el objetivo o el contenido de dicho acto, o no respeta los principios de subsidiariedad o de proporcionalidad.

¹⁶⁶ La Comision tambien pidio a un consultor externo (Giventis - Holanda) la redaccion de una propuesta para el desarrollo de los aspectos conceptuales y de organizacion del Proyecto de

la Comisión información primordial respecto al *Informe de Impacto en la aplicación en los Estados miembros del Primer Paquete de Infraestructuras*. Inicialmente este informe tenía que estar listo para el 15 de Marzo de 2005¹⁶⁷, sin embargo, la adopción de las propuestas del Segundo Paquete Ferroviario, especialmente la Directiva 2004/51, estableció otra fecha¹⁶⁸: el 1 de enero de 2006, fecha que coincidió con la apertura del mercado internacional ferroviario de mercancías para toda la red de la UE.

De este modo, en mayo del 2006, la Comisión publicó un Informe relativo a la puesta en marcha del Primer Paquete¹⁶⁹, en el que se constató que los países que han reformado sus estructuras ferroviarias y han liberalizado antes su mercado nacional, han obtenido los mejores resultados. El estudio dirigido por la Comisión llega a la conclusión de que la aplicación del primer paquete ferroviario por parte de los Estados miembros va por el buen camino, pero deberá profundizarse en varios aspectos para garantizar todos sus efectos.

Efectivamente, las empresas ferroviarias históricas detentaban aún un porcentaje del mercado muy importante, así Alemania y Países Bajos un 85%. En Francia, la Comisión subrayó que la pérdida de porcentaje de mercado de carga ferroviaria por SNCF, que obtuvo los peores resultados comparados con los Quince, se debía a su liberalización tardía. En efecto, la liberalización en Francia ha tenido lugar varios años después que en Gran Bretaña, que obtiene los mejores resultados de los “Quince”, con un aumento del mercado de un 70% entre 1995 y 2004 (frente a una pérdida total de un 6%).

A 1 de enero de 2006, 24 de los 25 Estados miembros habían incorporado oficialmente a sus legislaciones nacionales las directivas del primer paquete ferroviario, excepto

supervisión del mercado ferroviario comunitario (Community Rail Market Monitoring Scheme: RMMS), con el fin de cumplir con las disposiciones de la Directiva 2001/12. Es el siguiente: Community Rail Market Monitoring Scheme, GIVENTIS, Proposal to the European Commission For the Development of the Conceptual and Organisational Aspects of a Community Rail Market Monitoring Scheme, Project Nr. TREN/E2/08-2000, 21 Noviembre 2001. Ver también la página web de la Comisión: http://ec.europa.eu/transport/rail/market/market_en.htm

¹⁶⁷ Art. 14 de la Directiva 2001/12.

¹⁶⁸ Véase Considerando 5 y el art. 1.2, d), modificando el art. 10, apartado 8 de la Directiva 91/440.

¹⁶⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del primer paquete ferroviario, 3 de mayo de 2006, COM (2006) 189, en el que se revisa la incorporación de estas Directivas a la legislación de los 15 Estados miembros que debía efectuarse, a más tardar, el 15 de marzo de 2003, y a la de los 8 nuevos Estados miembros dotados de un sistema ferroviario, el 1 de mayo de 2004, fecha de su adhesión a la Unión Europea. Este Informe cuenta con un Documento de trabajo de los servicios de la Comisión con 14 anexos informativos sobre cada uno de los principales temas abordados en la Comunicación: SEC(2006) 530.

Luxemburgo. La situación concreta en materia de incorporación y de medidas nacionales al respecto se recoge en el anexo 1 del documento de trabajo. Los retrasos en la incorporación, con respecto a los cuales la Comisión inició en el pasado procedimientos de infracción por no comunicación de la incorporación de dichas Directivas a su legislación nacional, tuvieron repercusiones sobre la capacidad de los participantes para tomar posiciones en el contexto europeo, debido a las incertidumbres inherentes respecto a las normativas nacionales.

En el Anexo 4 se refleja la separación contable entre las actividades relativas a la prestación de servicios de transporte y las relativas a la gestión de la infraestructura ferroviaria, distinguiendo, además, entre las cuentas relativas a la prestación de servicios de transporte, las relacionadas con las actividades de transporte de viajeros y las relativas a las actividades de transporte de mercancías. Un gran número de Estados miembros había comenzado a modificar en profundidad la estructura jurídica de sus empresas nacionales de ferrocarriles, entre ellos, España, Austria, Bélgica y Grecia; los procesos de reforma no habían concluido en todos los Estados miembros y las contabilidades no reflejaban aún las nuevas obligaciones. El estudio muestra que 51 del 95 de las empresas ferroviarias y gestores de infraestructura estudiados tenían cuentas separadas para el transporte de pasajeros y carga y/o el gestor de infraestructura¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Para no alargarme y puesto que se puede consultar este documento directamente, me limito a resaltar los puntos examinados en este estudio:

- En los anexos 5-6 se revisa la separación de las funciones esenciales, concretamente: la asignación de capacidad, la tarificación, la concesión de licencias y el control de las obligaciones de servicio público, con respecto a las actividades de transporte; se examina la neutralidad del administrador de infraestructuras a la hora de asignar capacidades y tarificar la utilización de la infraestructura, especialmente si la separación de las funciones no se encuentra garantizada por una separación institucional. El acceso a la infraestructura (ferrocarril y servicios) debe ser transparente y no discriminatorio, siendo muchos los Estados miembros que todavía debían realizar un mayor esfuerzo en este sentido.

- En el Anexo 7 se revisa la existencia de un organismo de control independiente, esencial para supervisar el mercado ferroviario y actuar como instancia de recurso en los conflictos entre el administrador de infraestructuras y las empresas ferroviarias. Este organismo deberá disponer de recursos humanos, financieros y administrativos que le permitan tener un papel activo en el funcionamiento del mercado, algo que no sucede en todos los países, por ejemplo España.

- Concesión de derechos de acceso a la infraestructura, incluidos los servicios necesarios, equitativos y no discriminatorios, a todas las empresas ferroviarias que deseen ofrecer servicios internacionales en la red transeuropea de transporte de mercancías por ferrocarril a partir del 15 de marzo de 2003 (anexos 2 y 8).

- Creación de un sistema de tarificación basado en el principio del coste marginal con posibilidad de aumentos en determinadas condiciones (anexo 8). Parece esencial que se corrijan los falseamientos de la competencia resultantes de la disparidad de cánones entre los modos de transporte y dentro del propio modo ferroviario. Para lograr los objetivos del primer paquete ferroviario es importante evitar la financiación cruzada entre trenes de mercancías y trenes de viajeros, mediante la tarificación de la infraestructura.

- Condiciones armonizadas de concesión de licencias a las empresas ferroviarias, válidas para el conjunto del territorio de la Comunidad (anexo 9). Aunque los costes y los plazos de

Respecto a la evolución del mercado del transporte ferroviario de mercancías (ya que este paquete de directivas no comprende la liberalización del transporte ferroviario de pasajeros), las cifras consolidadas para los 25 Estados miembros se establecieron por vez primera a partir de 1995 y ponen de manifiesto que el volumen transportado (expresado en toneladas-kilómetro) aumentó un 6 % entre 1995 y 2004; es decir, aproximadamente un 0,6 % anual. Sin embargo, se observa que el volumen de 2002 era idéntico al de 1995 y que el aumento del 6 % se concentró, de hecho, en el período 2003/2004, habiéndose registrado en 2004 un aumento del 4 % con respecto a 2003. En cuotas de mercado, y a escala de la Unión a 25 Estados, es evidente que estos resultados en volumen no son brillantes: considerando todos los modos, incluido el marítimo, la cuota del ferrocarril se estableció en el 10 %, en 2004, frente al 12,1 % de 1995, mientras que, durante ese mismo período, el transporte por carretera pasó del 42,1 al 44 %, y el marítimo, del 38,2 al 39 %. Si se analiza la cuota modal, sólo en los transportes terrestres, la cuota del ferrocarril pasó del 19,5 % en 1995 al 16,4 % en 2004, mientras que el transporte por carretera pasó del 68,1 % al 72,3 %, habiendo sufrido un ligero declive las vías navegables y los gasoductos.

A la fecha de este Informe, el mercado de carga ferroviario seguía caracterizándose, a pesar de la entrada de nuevos operadores, por una competencia monopolística ejercida por el operador histórico de la red. Y así la Comisión concluye en este Informe que “Las empresas ferroviarias tradicionales, cuya gestión a largo plazo se ha de garantizar, deben continuar su reestructuración para adaptarse al nuevo contexto europeo, respetando las normas de competencia.”

Además recomienda a los Estados miembros realizar esfuerzos para lograr los objetivos marcados en relación con la finalización de la reestructuración de las empresas tradicionales, respetando las condiciones de separación contable y separación de las funciones esenciales, como la asignación de capacidad y la tarificación; establecer los principios de tarificación de la infraestructura ferroviaria teniendo en cuenta la tarificación de los demás modos de transporte, con el propósito de establecer una verdadera competencia equitativa entre los distintos modos de transporte que propicie el desarrollo sostenible; crear las capacidades administrativas necesarias para el buen funcionamiento del organismo de control y de la autoridad nacional de seguridad,

obtención de las licencias varíen de un Estado a otro, se debería tratar de conseguir una mayor transparencia sobre las condiciones que han de cumplir las empresas ferroviarias para obtener una licencia.

garantizando una verdadera independencia de dichos organismos; contractualizar las relaciones financieras entre el Estado y el administrador de infraestructuras para financiar el mantenimiento y la modernización de la infraestructura ferroviaria en el contexto del establecimiento de un régimen basado en el rendimiento¹⁷¹; clarificar las relaciones financieras entre las autoridades nacionales y regionales de transporte y las empresas ferroviarias, mediante la celebración de contratos de servicio público debidamente publicados; prohibir las subvenciones cruzadas entre operaciones de transporte de mercancías y de viajeros, a fin de mantener la capacidad competitiva del transporte de mercancías por ferrocarril; crear condiciones transparentes de acceso a los centros de formación y a los certificados de seguridad.

Asimismo, la Comisión recomienda a los administradores de infraestructuras que velen por lo siguiente:

- mejorar el contenido y la publicidad del documento de referencia de la red, que deberá ser claro y completo, abarcando el conjunto de los servicios necesarios para acceder a la infraestructura;
- establecer cánones con arreglo a los costes reales del tráfico ferroviario;
- cooperar a escala europea para la concesión de surcos internacionales y para el establecimiento de condiciones armonizadas de acceso a la infraestructura a través de contratos tipo.

Aún a riesgo de adelantarme, en el Anexo 3 del Documento de Trabajo de la Comisión relativo al Informe de evolución del mercado ferroviario¹⁷², titulado '*Perspectiva general de los procedimientos de infracción respecto a las Directivas 91/440 y 2001/14*' ('Overview of infringement procedures related to Directives 1991/440/EEC and 2001/14/EC implementation of the first railway package') refleja la situación del mercado a fecha 1 de octubre de 2009 (respecto a estas Directivas), constatando, entre otros, los siguientes puntos significativos¹⁷³:

- Medidas insuficientes para garantizar la independencia del gestor de la infraestructura del holding ferroviario y sus filiales de transporte en el ejercicio de

¹⁷¹ Para lo cual se crean los contratos plurianuales, vease en el cap. V el epígrafe VI- 5.2.

¹⁷² Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: '*Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*', COM(2009)676. Los Anexos se recogen en el "Commission staff working document" de la misma fecha, que acompaña al Informe, SEC(2009) 1687.

¹⁷³ Hay otros baremos que los países no cumplen, pero por brevedad sólo he reflejado los más importantes a efectos de este trabajo.

funciones esenciales¹⁷⁴: en Austria, Bélgica, República Checa, Alemania, Estonia, Grecia, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Latvia, Polonia, Portugal, Eslovenia.

- Ausencia de implementación de un régimen de rendimiento para alentar a las empresas ferroviarias y al gestor de infraestructura a minimizar la interrupción de los servicios y a mejorar el rendimiento de la red¹⁷⁵: en Austria, Bélgica, República Checa, Alemania, Dinamarca, Grecia, España, Francia, Hungría, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Portugal, Suecia, Eslovenia.
- Poder insuficiente del Organismo Regulatorio para controlar la competencia en el mercado de servicios ferroviarios: en República Checa, Dinamarca, Estonia, España, Francia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Latvia, Eslovenia.
- El Organismo Regulatorio no tiene poderes suficientes para tomar y hacer cumplir las decisiones necesarias: en República Checa, Alemania¹⁷⁶, Dinamarca, Grecia, Francia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Latvia.
- Insuficiente independencia por parte del Organismo Regulatorio de la empresa ferroviaria estatal nacional y/o del gestor de infraestructura, y además, el Organismo Regulatorio es parte del Ministerio que también controla la empresa ferroviaria estatal nacional: Dinamarca, Grecia, España, Francia, Italia, Latvia, Luxemburgo, Lituania, Rumania, Eslovenia.

Además para España se puede señalar: - el acceso insuficiente de empresas ferroviarias extranjeras a la infraestructura española para operar todo tipo de servicios ferroviarios de mercancías; □ insuficiente independencia de gestión del ferrocarril nacional del Estado; □ el gestor de la Infraestructura no determina él mismo las tarifas de infraestructura; - insuficientes reglas de adjudicación de capacidad para rutas de trenes internacionales.

Es muy significativo este Informe en el sentido de que a fecha de 1 de octubre de 2009, claramente por cuestiones institucionales, organizativas y/o de índole política y no tanto por problemas endógenos del ferrocarril, tantos países no hayan terminado de transponer correctamente la Directiva 2001/14 y en consecuencia, no hayan finalizado

¹⁷⁴ He hecho una traducción literal, pues como se puede ver dice 'funciones esenciales', así: "Insufficient safeguards to guarantee the independence of the Infrastructure Manager from the railway holding and its transport affiliates in the exercise of the essential functions". Lo que nos llevaría a pensar en la posición dominante de los gestores de infraestructura respecto a funciones esenciales, y por tanto, a plantearnos la aplicabilidad de la DRE/EPD.

¹⁷⁵ Función que podría llevarse a cabo claramente a través de los contratos plurianuales, remitiéndome al capítulo IV de esta tesis, epígrafe 6.3, donde son analizados.

¹⁷⁶ Por ejemplo, en Alemania el Organismo Regulatorio no tiene poderes suficientes para hacer cumplir sus peticiones de información.

la liberalización de sus mercados ferroviarios y, especialmente Alemania, Francia y España, estando los dos últimos entre los peores. La posición dominante del ferrocarril histórico, junto con su falta de independencia respecto del Gobierno, no hacen sino confirmar la necesidad de la DRE/EFD cuando las medidas de reglamentación no son aplicadas o lo son insuficientemente.

5. SEGUNDO “PAQUETE FERROVIARIO”

En principio era lógico pensar que sería mejor revisar el funcionamiento y la experiencia práctica que aportaba el Primer paquete ferroviario antes de emprender las nuevas reformas previstas por el Segundo paquete, lo cual se reiteró en el Consejo Europeo de Barcelona¹⁷⁷, sin embargo, la Comisión no esperó a la completa transposición del Primer Paquete de directivas dentro de los derechos nacionales para poner en marcha las reformas contenidas en el Segundo “Paquete”.

En enero de 2002, la Comisión propuso su Segundo paquete ferroviario, el cual constaba de cuatro proposiciones legislativas modificando las Directivas existentes sobre infraestructuras e interoperabilidad, así como una proposición de Reglamento para la creación de la Agencia Ferroviaria Europea¹⁷⁸. A estas propuestas se acompañó la Comunicación ‘*Hacia un espacio ferroviario europeo integrado*’¹⁷⁹, en la que se dispone una guía para la conclusión de un verdadero mercado interno para el ferrocarril, después de mas de 10 años de la realización del mercado interior en 1992. Un elemento importante de este paquete ha sido la apertura total del mercado nacional de transporte ferroviario de mercancías, incluido el cabotaje, y el adelantamiento de la fecha de esta apertura.

¹⁷⁷ Según algunos comentaristas esta liberalización anticipada en materia de transporte de carga ferroviaria es prematura y debería de haberse esperado a ver cómo evolucionaba el Primer Paquete Ferroviario para aprobar el Segundo. Así dice Salque C. en “Integration du marché européen des transports ferroviaires et nouvelle strategie des entreprises ferroviaires historiques européennes” en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2006, nº 1, que esta opinión era también la del Consejo de Barcelona en sus *Conclusiones* (punto 38), y que debía de haberse esperado a ver lo que dictaba la experiencia tras la apertura a la competencia del transporte de carga en la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías a partir del 16 de marzo de 2003.

¹⁷⁸ COM(2002) 21-25 de 23 de enero de 2002; se puede consultar en:

http://europa.eu.int/comm/transport/rail/package/new_en.htm.

¹⁷⁹ COM(2002) 18, de 23 enero 2002, se puede consultar en:

http://europa.eu.int/comm/transport/rail/package/new_en.htm.

Así, el 29 de April 2004, el Consejo y el Parlamento adoptaron el segundo “paquete ferroviario”¹⁸⁰, que se compone de la Directiva 2004/49/CE (seguridad ferroviaria), la Directiva 2004/50/CE (interoperabilidad), la Directiva 2004/51/CE (apertura del mercado), y el Reglamento (CE) 881/2004 por el que se crea la Agencia Ferroviaria Europea.

Efectivamente, respecto al sector de carga, este Segundo paquete tiene consecuencias importantes:

□ En primer lugar, se anticipa al 1 de enero de 2006, (respecto al primer paquete ferroviario que lo establecía para el 1 de enero de 2008), la fecha de la apertura a la totalidad de la red para los servicios internacionales de transporte ferroviario de mercancías¹⁸¹; en segundo lugar, también se da acceso a todo tipo de servicios de transporte ferroviario de mercancías a partir del 1 de enero de 2007, es decir, se permite el derecho de establecimiento y de prestación de servicios de todo tipo, incluido el cabotaje¹⁸², en las redes nacionales ferroviarias¹⁸³.

¹⁸⁰ Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (DO L 164 de 30.4.2004); Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios y por la que se modifican la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias y la Directiva 2001/14/CE relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad (Directiva de seguridad ferroviaria) (DO L 164 de 30.4.2004); Directiva 2004/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifican la Directiva 96/48/CE del Consejo relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad y la Directiva 2001/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional (DO L 164 de 30.4.2004); Reglamento (CE) n° 881/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se crea una Agencia Ferroviaria Europea (Reglamento de la Agencia).

¹⁸¹ Véase el Considerando (2) de la Directiva 2004/51: “La extensión de dichos derechos de acceso a los servicios internacionales de transporte ferroviario de mercancías a la totalidad de la red a partir del 1 de enero de 2006 debe permitir incrementar los beneficios previstos en términos de cambio a otros medios de transporte y de desarrollo del transporte ferroviario internacional de mercancías.”

¹⁸² Se define el cabotaje como el libre acceso al mercado de transportes nacionales para prestar servicios de transporte por otro transportista comunitario, sin necesidad de disponer de sede o de otro establecimiento en dicho Estado. Ha de diferenciarse del derecho de establecimiento, en el que se dispone de sede o cualquier otro establecimiento mercantil en el país comunitario donde se pretende el establecimiento. El cabotaje posibilita la recarga de vagones vacíos durante el trayecto de vuelta (cuando en el de ida se ha realizado un servicio de transporte). Con ello, también se consigue la optimización de la utilización de las infraestructuras existentes, muchas veces infrautilizadas.

¹⁸³ Véase el Considerando (3) de la Directiva 2004/51: “La extensión de dichos derechos de acceso a todo tipo de servicios de transporte ferroviario de mercancías a partir del 1 de enero de 2007, de conformidad con el principio de libre prestación de servicios, mejorará la eficiencia del ferrocarril con respecto a otros modos de transporte y facilitará asimismo un sistema de transporte

□ Asimismo, las Directivas 2004/49 y 2004/51 se ocuparon de reforzar las competencias de los organismos reguladores ferroviarios por lo que se refiere a la vigilancia de la garantía de acceso sin discriminación a los servicios e instalaciones como medio insustituible para fomentar la competencia en los mercados de transporte por ferrocarril. En este sentido, los nuevos operadores estaban encontrando obstáculos para acceder a los servicios esenciales, complementarios y auxiliares, materialmente imposibilitándoles de este modo el acceso al mercado en general¹⁸⁴.

A este respecto el art. 10.6 de la Directiva 91/440 consolidada (modificación introducida por la Directiva 2004/51/CE) dice: “El acceso por vía férrea y la prestación de servicios vinculados a actividades ferroviarias contempladas en los apartados 1, 2 y 3 en las terminales y puertos que sirvan o puedan servir a más de un cliente final deberán ofrecerse a todas las empresas ferroviarias de forma no discriminatoria y transparente, y las solicitudes de las empresas ferroviarias sólo podrán someterse a restricciones si existen alternativas viables por ferrocarril en condiciones de mercado”.

En la Comunicación ‘*Hacia un espacio ferroviario europeo integrado*’, ya mencionada¹⁸⁵, se constatan y analizan los obstáculos que impiden el acceso al mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril. Dice esta Comunicación que todos los operadores de trenes de mercancías que deseen ofrecer servicios europeos siguen chocando con una serie de importantes obstáculos para acceder a este mercado. Respecto a los obstáculos en cuanto a los servicios ferroviarios relacionados esta Comunicación indica que:¹⁸⁶

sostenible entre Estados miembros y en el interior de dichos Estados, al fomentar la competencia y permitir la entrada de nuevos capitales y empresas.”

¹⁸⁴ Como pone de manifiesto CARLON RUIZ, M.: “El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia” en G. Fernández Farreres (Coord.) *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 285-414.

¹⁸⁵ COM (2002) 18, pag. 50.

¹⁸⁶ Véase además OECD, ‘*Policy Brief: Restructuring Public Utilities for Competition*’, 2002, pag. 3, en <http://www.oecd.org/dataoecd/60/10/21554964.pdf>, que estima que “Los organismos reguladores pueden e intentan evitar que el suministrador de servicios esenciales se comporte de modo anti-competitivo, pero esta tarea es difícil. La empresa regulada puede usar todas las herramientas a su disposición, ya sean legales, técnicas o económicas para demorar, bajar la calidad o subir los precios del acceso. Un regulador bien preparado, a través de la persistencia y vigilancia, podría esperarse que limitara las actividades anti-competitivas de la empresa ferroviaria, pero el resultado es improbable que genere tanta competencia como surgiría en ausencia de incentivos para restringir la competencia. Por otro lado, los entrantes potenciales, temiendo los efectos de la discriminación, a pesar de los esfuerzos del regulador, pueden dudar a la hora de invertir en nueva capacidad”. Por lo tanto, el regulador ha de encontrar el equilibrio de los intereses en juego, muchas veces dependerá de los objetivos que se buscan con la regulación.

“El acceso a las instalaciones de servicios es un problema importante. En algunas redes, por ejemplo, la corriente de tracción suministrada por la compañía ferroviaria estatal es mucho más cara que en el mercado de electricidad normal. A menudo, el proveedor de la corriente de tracción no prevé la distribución de electricidad a otros operadores. En otras redes, el acceso de las empresas ferroviarias privadas a instalaciones importantes, como las estaciones, zonas de maniobras y vías de estacionamiento, está “reservado” a los operadores nacionales mediante contratos a largo plazo. En ocasiones no existe un acceso sin discriminaciones a servicios esenciales, como los servicios de remolque. Si los nuevos operadores ferroviarios desean establecerse con éxito en el mercado en contra de las empresas ferroviarias estatales dominantes a fin de incrementar la competencia, resulta evidente que necesitan ayuda para hacer frente a las trabas existentes para acceder al mercado. Los organismos reguladores nacionales de regulación deben desempeñar un importante papel de supervisión y evaluación de estos obstáculos y adoptar las medidas adecuadas para superarlos. En los casos en que las competencias de los organismos reguladores nacionales no incluyan el meollo del problema, por ejemplo en el caso de los servicios internacionales, es importante que los organismos reguladores cooperen a escala internacional. Además, la Comisión propone que se refuercen las competencias de los organismos reguladores nacionales a fin de garantizar el acceso sin discriminaciones a los servicios y sus instalaciones.”¹⁸⁷

□ Por otra parte, la Directiva 2004/49, de Seguridad Ferroviaria, aborda la seguridad del ferrocarril y modifica las Directivas 95/18 y 2001/14. Esta Directiva parte de la concepción de que la creación de un espacio ferroviario europeo requiere un sistema homogéneo de seguridad, para lo cual define los elementos esenciales de los sistemas de seguridad para los gestores de infraestructuras y las empresas ferroviarias. Su objetivo es el desarrollo de un planteamiento común sobre la seguridad y la creación de un sistema común que regule la expedición, contenido y validez de los certificados de seguridad en la Unión. Esta Directiva establece una serie de medidas:

- La creación, en todos los Estados miembros, de una autoridad responsable de la seguridad, encargada de:

* La reglamentación y el control de la seguridad.

Cuando la regulación falla, como veremos en el siguiente capítulo, el Derecho de la Competencia entra en juego.

¹⁸⁷ Esta cuestión la desarrollaremos en profundidad en el cap. IV, epígrafe 4.3, denominado ‘Servicios ferroviarios relacionados’, pues a este tema es de aplicación la DRE/EFD.

- * La autorización para la puesta en servicio de los subsistemas y del material rodante que no estén cubiertos por ninguna Especificación Técnica de Interoperabilidad (ETI).
- * Las inspecciones de seguridad.
- * El control del reconocimiento mutuo de las reglas nacionales de seguridad.
- Los certificados de seguridad deben constatar que cualquier empresa ferroviaria cuenta con un sistema de seguridad y puede cumplir con las especificaciones técnicas de interoperabilidad.
- El reconocimiento mutuo de los certificados de seguridad de las empresas ferroviarias, y de las autorizaciones de seguridad por los administradores de infraestructura, expedidos por los diferentes Estados miembros.
- La creación de indicadores, objetivos y métodos de seguridad comunes.
- Cada Estado debe garantizar el acceso a la formación de los maquinistas, del personal de acompañamientos de los trenes y del personal del gestor de infraestructura que desempeñe funciones esenciales de seguridad.
- La definición de las normas comunes para la investigación de los incidentes y accidentes ferroviarios, con la creación de organismos de investigación permanentes e independientes.

□ La Directiva 2004/50 modifica las Directivas 96/48 y la 2001/16, relativas a la interoperabilidad de los sistemas ferroviarios transeuropeos de alta velocidad y convencional. Define la interoperabilidad como la capacidad de circular indistintamente por cualquier sección de la red ferroviaria. En efecto, en general, suelen surgir dos problemas económicos por la falta de interoperabilidad. En primer lugar, la insuficiente conexión de los sistemas impide la explotación del potencial resultante de la ampliación de las redes. En segundo lugar, los costes de transporte transfronterizos aumentan en el caso de falta de interoperabilidad, lo cual también podría reducir la extensión de la competencia intramodal.

Por tanto, esta Directiva constituye un paso más para hacer operativos los distintos sistemas técnicos ferroviarios existentes en la Unión, eliminando las barreras técnicas y reglamentarias que limitan la explotación a nivel internacional. Para ello, incide en la mejora de las Especificaciones Técnicas de Interoperabilidad (ETI), que serán elaboradas

por la Agencia Ferroviaria Europea, y obliga a los Estados a publicar y actualizar anualmente un registro de infraestructuras y otro de material rodante¹⁸⁸.

□ El Reglamento 881/2004 crea la Agencia Ferroviaria Europea, responsable de la seguridad y la interoperabilidad ferroviaria a nivel europeo. Esta Agencia asiste a la Comisión Europea y a los Estados miembros, desde el punto de vista técnico, en los temas referentes a interoperabilidad y seguridad y elabora la reglamentación técnica común. La asunción de funciones de la Agencia Ferroviaria Europea tuvo lugar en mayo de 2006¹⁸⁹.

□ Relacionados con las Directivas y Reglamento vistos que integran este segundo “Paquete Ferroviario” hay que indicar que el 18 de julio de 2005 se aprobó la Directiva 2005/47 que aborda determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realicen servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario. Esta Directiva avala el acuerdo alcanzado un año antes entre la Comunidad de los Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT).

□ Como podemos ver este segundo “paquete ferroviario” es de un matiz mucho mas técnico que el primero. Para terminar este epígrafe, es interesante ver brevemente cómo ha evolucionado la transposición de este segundo “paquete ferroviario” en Francia y España.

Respecto a **Francia**, cumplió estricta y formalmente transponiendo a tiempo las Directivas comunitarias¹⁹⁰, aunque se adelanta nueve meses en la apertura total del

¹⁸⁸ Estas Directivas han sido incorporadas al derecho interno español a través de los Reales Decretos 354/2006 y 355/2006 de 29 de marzo de 2006.

¹⁸⁹ Denominada ERA, por las siglas en ingles 'European Rail Agency', se localiza en Valenciennes, Francia. Su pagina web es <http://www.era.europa.eu/Pages/Home.aspx>

¹⁹⁰ En Francia se transponen las nuevas exigencias del Segundo Paquete Ferroviario con la adopción de los siguientes instrumentos jurídicos: 1) Ley 2006/10 de 5 de enero de 2006 relativa a la seguridad y al desarrollo de los transportes (JORF 5 du 6 janvier 2006, p. 217). La Ley 2006/10 transpone en su art. 19 las disposiciones de la Directiva 2004/51 y de este modo se liberaliza totalmente el mercado del transporte ferroviario de carga. Asimismo, al transponer las directivas europeas, este mismo art. 19 modifica el art. 18 de la Ley 82/1153 de 30 de diciembre de 1982 relativa a la orientación de los transportes de interior, suprimiendo el monopolio de SNCF en materia de transporte ferroviario de carga en el territorio nacional. 2) Decreto 2005/1633 de 20 de diciembre, que modifica el Decreto 2003/194 de 7 de marzo de 2003 relativo a la utilización de la red ferroviaria nacional y el Decreto 97/444 de 5 de mayo relativa a los objetivos y los estatutos de la Red Ferroviaria de Francia, (JORF 300 du 27 diciembre 2005, p. 19984). El Décret 2005/1633 modifica el decreto 2003/194, en el sentido de que a partir de su publicación, finales de diciembre de 2005, ya no se va a diferenciar la Red Transeuropea de Transporte de mercancías

mercado de servicios de transporte ferroviario de mercancías, que debía ser a más tardar a partir del 1 de enero de 2007, aunque pudo operarse desde el 31 de marzo de 2006.

En contraste, en **España**, la entrada en vigor del segundo “paquete ferroviario” viene determinada (-o mejor dicho “indeterminada”-) por el primer “paquete ferroviario”, cuya transposición a más tardar debía ser el 15 de marzo de 2003, y que es transpuesto, como hemos visto, por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, cuya entrada en vigor fue a los seis meses de su publicación. Establece en su Disposición transitoria primera el calendario de apertura del mercado para los servicios ferroviarios de transporte internacional de mercancías: “Sin perjuicio de la aplicación al transporte nacional de mercancías, desde la entrada en vigor de esta ley, de las reglas contenidas en ella, el libre acceso a la *Red Ferroviaria de Interés General* por cualquier empresa ferroviaria que preste servicios de transporte internacional de mercancías, se producirá conforme al siguiente calendario:

A) Desde la entrada en vigor de esta ley, el transporte internacional de mercancías prestado sobre la denominada Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías. Por orden del Ministerio de Fomento¹⁹¹, se determinará la composición de la Red Ferroviaria de Interés General que forme parte de la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías.

B) Antes de 1 de enero de 2006, el transporte internacional de mercancías sobre la Red Ferroviaria de Interés General habilitada para ello. La determinación concreta de la fecha de apertura del mercado para este tipo de transporte la establecerá, mediante real decreto, el Gobierno.”

El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación se vio obligado a comunicar una notificación el 10 de octubre de 2005, para poder resolver la transposición de la Directiva 2004/51 y su adelantamiento de la fecha de apertura del mercado ferroviario nacional al

del conjunto de la red ferroviaria nacional francesa, sino que pasa a ser parte de la misma. En otras palabras, en cumplimiento de la Directiva 2004/51, a partir del 1 de enero de 2006, se liberaliza toda la red ferroviaria nacional francesa para acoger a cualquier operador comunitario que quiera prestar en ella servicios de transporte internacional de mercancías por ferrocarril, sin que dicho operador tenga que constituir una agrupación internacional (para el transporte de mercancías) o tenga que ser parte de un transporte combinado. 3) Decreto 2006/368 de 28 marzo, que modifica el Decreto 2003/194 de 7 de marzo de 2003 relativo a la utilización de la red ferroviaria nacional, (JORF de 29 marzo 2006). El art. 1 del Decreto 2006/368 modifica el decreto 2003/194, en el sentido de que a partir del 31 de marzo de 2006 se pueden operar en la red nacional francesa todos los servicios de transporte siempre que sean de mercancías y, servicios de transportes internacionales de pasajeros si las empresas que los suministran forman agrupaciones internacionales, aunque bajo principios de reciprocidad.

¹⁹¹ Que finalmente fue la ORDEN FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria.

transporte internacional y doméstico de mercancías, del siguiente modo: “...todas las disposiciones previstas en la Directiva que requieren norma de incorporación en nuestro Derecho se encuentran ya recogidas en la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario y en el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario, por lo que no es precisa la aprobación de ningún proyecto normativo que innove el ordenamiento o que modifique las disposiciones ya en vigor. En particular, la modificación del párrafo primero apartado 3 del artículo 10 de la Directiva está ya contenida en la disposición transitoria primera apartado A) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, relativa al calendario de apertura del mercado para los servicios ferroviarios de transporte internacional de mercancías; mientras que el segundo párrafo de ese mismo artículo de la Directiva sobre el reconocimiento del derecho de acceso a todas las empresas ferroviarias para prestar el servicio de transporte nacional de mercancías, está ya incorporado en la disposición transitoria segunda de la Ley¹⁹². En consecuencia, las medidas que introduce la Directiva 2004/51/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, no requieren norma de transposición, al afectar algunas de ellas de forma exclusiva al mecanismo de ordenación y funcionamiento comunitario, y al encontrarse las demás ya incorporadas al ordenamiento jurídico interno, en especial en la Ley del Sector Ferroviario y en su Reglamento de desarrollo, lo que se comunica a los oportunos efectos.”

Por tanto esta notificación se olvida de lo que dijo en la disposición transitoria primera apartado B) de la Ley 39/2003, en relación a la “*determinación concreta de la fecha de apertura del mercado para este tipo de transporte que se establecería mediante real decreto*”; por tanto, habría de entenderse (-pues nada dice al respecto, ya que se está refiriendo a la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías que es el punto A), y no el B)-) que la apertura del mercado español al transporte internacional de mercancías se produce en las fechas que establece la Directiva 2004/51 (porque ésta

¹⁹² Y la Disposición transitoria segunda de la Ley 39/2003 que se refiere a la apertura al cabotaje y a la prestación de servicios de transporte domésticos (que se adelanta por la Directiva 2004/51 a 1 de enero de 2007), dice: “Aplicación de los preceptos establecidos en esta ley a las entidades de otros Estados de la Unión Europea. Podrán obtener, con arreglo a esta ley, asignación de capacidad de infraestructura, los candidatos nacionales de otros países de la Unión Europea que deseen prestar servicios de transporte ferroviario en España, tan pronto como aquéllos liberalicen su prestación. En todo caso, las previsiones de esta ley resultarán de aplicación a los referidos candidatos en la fecha en la que expire el plazo para que los Estados miembros de la Unión Europea liberalicen, con arreglo a las directivas comunitarias, cada tipo de servicio. Se reconoce, asimismo, el derecho de acceso a la Red Ferroviaria de Interés General a las empresas ferroviarias que presten servicios de transporte internacional combinado de mercancías.” Este último punto era innecesario, pues como sabemos, el transporte combinado internacional de mercancías estaba liberalizado -al menos en teoría- desde la misma Directiva 91/440 (art. 10).

adelanta la fecha de apertura a 1 de enero de 2006 y no se olvide que la Ley 39/2003 es anterior a esta Directiva). Además provoca confusión respecto a la fecha de apertura del mercado ferroviario doméstico español de mercancías, para acabar diciendo que será la fecha que establezca la Directiva. En una cuestión tan importante, y de consecuencias internacionales, como es la apertura del mercado ferroviario de mercancías, internacional y doméstico, el Gobierno podría haber sido más claro y haber evitado todo un entramado de referencias cruzadas que podían haberse evitado simplemente anunciando una fecha, la que establece la Directiva sin lugar a dudas. Como mínimo, en aras de la seguridad jurídica y para facilitar la entrada de competidores al mercado, -que es, al fin y al cabo, lo que se pretende con los Paquetes Ferroviarios de Directivas-, y lo que previó el legislador en la Ley 39/2003 .

6. TERCER “PAQUETE FERROVIARIO”

El 18 de Octubre de 2007, la Comisión Europea adoptó la Comunicación 'Seguimiento de la evolución del mercado ferroviario'¹⁹³. Esta Comunicación se centra una vez más en:

- el marco institucional y regulatorio creado con el fin de la liberalización del mercado ferroviario y reforzamiento de la posición de los ferrocarriles como un modo de transporte seguro y respetuoso con el medioambiente;
- desarrollo del mercado ferroviario en términos de funcionamiento del transporte de mercancías y pasajeros, comparación intermodal e indicadores del grado de apertura del mercado;
- rendimiento financiero del sector, incluyéndose información sobre la capacidad, estado de la situación y ratios de utilización de la infraestructura ferroviaria y sobre el desarrollo de la industria de abastecimiento.

Se acompaña a esta Comunicación de un Documento de trabajo (SEC (2007)1323), que presenta 23 anexos¹⁹⁴ con un amplio número de datos cuantitativos respecto al

¹⁹³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM(2007) 609.

¹⁹⁴ Datos tan significativos e interesantes recogidos en dichos anexos, a saber: Anexo 1: Legislación de la UE aplicable al sector ferroviario; Anexo 2: Transposición del acervo ferroviario en los Estados-miembros; Anexo 3: Información general sobre los procedimientos de infracción relacionados con la notificación e implementación del Primer y Segundo Paquetes Ferroviarios; Anexo 4: Organismos Regulatorios; Anexo 5: Entidades responsables de la adjudicación de capacidad y emisión de licencias; Anexo 6: Autoridades de Seguridad Nacional y Organismos de Investigación de Accidentes; Anexo 7: Organismos notificados bajo la Directiva 96/48/EC respecto a la interoperabilidad del sistema trans-Europeo de alta velocidad; Anexo 8: Separación

desarrollo del mercado ferroviario en los Estados miembros individualmente y en la Unión en conjunto.

Aparte de esta Comunicación, para continuar con la reforma del sector ferroviario, en marzo de 2004 la Comisión presentó una nueva serie de medidas, conocidas como ‘Tercer Paquete Ferroviario’ que, tras un amplio debate, el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros de Transporte aprobaron el 23 de octubre de 2007, tras haber sido pactadas anteriormente con los veintisiete Estados y la Comisión.

Este tercer paquete comprende tres medidas legislativas: apertura del mercado ferroviario de servicios internacional de pasajeros (Directiva 2007/58), *derechos de los pasajeros de tren (Reglamento 1371/2007)* y certificación de los conductores de trenes (Directiva 2007/59), que describiremos a continuación:¹⁹⁵

6.1. Directiva 2007/58

La nueva Directiva 2007/58, *por la que se modifican la Directiva 91/440/CEE del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, y la Directiva 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización*, aborda cuestiones tradicionalmente polémicas en el sector ferroviario, tales como:

modal para transporte de carga y pasajeros desde 1995; Anexo 9: Evolución del rendimiento del transporte ferroviario 1970-2005; Anexo 10: Cambios trimestrales y anuales en los volúmenes de tráfico ferroviario y rendimiento del tráfico ferroviario 2005- 2006; Anexo 11: Rendimiento del transporte ferroviario en 2005 por tipo de mercancía (en m tkm); Anexo 12: Evolución del transporte ferroviario por Estado miembro, por año y segmento de mercado (1990-2006); Anexo 13: Cuota de mercado de las empresas ferroviarias (2006); Anexo 14: Puntuación respecto a la apertura del mercado ferroviario (2006); Anexo 15: Empleo por empresa ferroviaria y gestor de infraestructura (2006); Anexo 16: Rendimiento Operacional de las empresas ferroviarias (2004); Anexo 17: Puntualidad en los servicios ferroviarios de carga; Anexo 18: Capacidad de la infraestructura ferroviaria, densidad de las líneas ferroviarias e intensidad del uso de la red 2006; Anexo 19: Capacidad de la red de alta velocidad (1985-2009); Anexo 20: Inversión en mantenimiento, renovación y nueva construcción de infraestructura ferroviaria (2005- 2010); Anexo 21: Contribuciones financieras de los Estados miembros para la operación, mantenimiento, renovación y construcción de la infraestructura, (2006); Anexo 22: Costes de las operaciones en el mercado ferroviario; y, Anexo 23: Industria de abastecimiento ferroviario.

¹⁹⁵ Véase DO L 315, de 3 dic. 2007. Las dos Directivas entraron en vigor el día después de su publicación en el Diario Oficial y el Reglamento lo hizo dos años después de su publicación en el Diario Oficial.

6.1.1. La apertura del transporte ferroviario internacional de viajeros¹⁹⁶, para lo cual a partir del 1 de enero de 2010, las empresas ferroviarias titulares de licencia y de certificados de seguridad podrían prestar servicios internacionales de viajeros en el ámbito de la Unión, excepto para aquellos Estados miembros en que el transporte internacional de viajeros por tren representara más de la mitad del volumen de negocios de las empresas ferroviarias, a los que se le concedía una prórroga de dos años más¹⁹⁷. Esto suponía un importante avance en la integración del espacio ferroviario europeo y significaba que las empresas ferroviarias podrían acceder a la infraestructura de todos los Estados miembros para sus servicios internacionales de transporte de viajeros, y recoger y dejar viajeros en cualquier estación de este trayecto internacional (cabotaje). Se incluyó una cláusula de reciprocidad, de manera que los países que ya hubieran abierto el mercado antes de 2010 podrían vetar hasta esa fecha a empresas de Estados miembros que no concedieran derechos similares.

Ahora bien, en el texto de la Directiva 2007/58 no se recoge ninguna fecha ni se menciona la liberalización del tráfico de viajeros nacional o doméstico¹⁹⁸. Sin embargo, en

¹⁹⁶ Sin embargo, en octubre de 2003, el Parlamento Europeo votó una enmienda a esta Propuesta de Directiva, por la que se solicitaba adelantar la apertura a la competencia de todos los servicios ferroviarios de transporte de viajeros, nacionales o internacionales, al 1 de enero de 2008. También se daban opiniones en contra dentro del mismo PE, y así es interesante mencionar la Opinión minoritaria (expresada, de conformidad con el apartado 3 del artículo 48 del Reglamento, por Helmuth Markov, Erik Meijer, Jaromír Kohlíček y Pedro Guerreiro) en el Informe de 26 de mayo de 2005 de la Comisión de Transportes y Turismo del PE sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE del Consejo sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (Ponente: Georg Jarzembowski – Documento PE 346.988v02-00):

“Queremos recordar las razones que justifican nuestro voto en contra de la propuesta considerada por la Comisión de Transportes. No podemos aceptar que la Comisión Europea proponga, justo cuando acaba de aprobarse el segundo paquete, un tercer paquete destinado a acelerar la liberalización del transporte de viajeros. No podemos asumir las propuestas de la comisión parlamentaria puesto que sólo están encaminadas a ir aún más lejos y a proponer la liberalización total del ferrocarril a muy corto plazo. Estas propuestas se presentan sin ir acompañadas de balances de los efectos de las anteriores medidas sobre la situación social o medioambiental o en términos de un reequilibrio con respecto a los otros modos de transporte. Se presentan sin evaluaciones, sin sacar conclusiones de las experiencias nefastas constatadas en distintos países que han llevado a cabo liberalizaciones, y también sin análisis serios y pluralistas sobre los medios para ayudar al desarrollo del ferrocarril en Europa. Estas propuestas no se basan en nada, salvo en un a priori ideológico que hace del ultraliberalismo una norma absoluta y general. Pedimos por el contrario que Europa aporte la ayuda necesaria a este modo de transporte indispensable para el desarrollo sostenible, la cohesión territorial y el desarrollo de la economía en Europa. En nuestra opinión, son medidas sobre las que debería reflexionarse y que deberían proponerse en cooperación con todos los agentes de este sector.”

¹⁹⁷ Art. 1-8), 3bis, segundo párrafo: “Aquellos Estados miembros en que el transporte internacional de viajeros por tren represente más de la mitad del volumen de negocios de las empresas ferroviarias deberán conceder el acceso a sus infraestructuras de transporte a más tardar el 1 de enero de 2012.” Por ejemplo, Luxemburgo.

¹⁹⁸ Únicamente se menciona en el art. 1-10), 9, que “la Comisión presentará un informe dos años después de la fecha de apertura del mercado en los servicios internacionales de transporte

el considerando 8 refiriéndose al cabotaje dice que “La introducción de estos nuevos servicios internacionales de libre acceso con estas paradas no supone la apertura del mercado para los servicios interiores de transporte de viajeros, sino que se debe concentrar exclusivamente en paradas auxiliares para los trayectos internacionales. Sobre esta base, su introducción debe referirse a servicios cuyo objetivo principal sea el transporte de pasajeros que viajen en un trayecto internacional. Para determinar si este es el objetivo principal del servicio, se deben tener en cuenta criterios tales como el porcentaje del volumen de negocios, y del volumen, procedente del transporte de viajeros del tráfico nacional o internacional, y la distancia cubierta por el servicio. Esta tarea la debe realizar el respectivo organismo regulador nacional, a petición de una parte interesada.”

En los debates para la adopción de esta Directiva se cuestionó en un principio la inclusión o no del cabotaje. El cabotaje puede implicar una cierta apertura de los mercados domésticos y por ello, hay partidarios y detractores respecto a si era demasiado temprana o no su liberalización en 2010. La situación de los servicios ferroviarios internacionales se presenta muy contrastada. Por una parte, los servicios de larga distancia (trenes nocturnos) que registran dificultades y las empresas ferroviarias han suspendido varios de estos servicios para limitar sus pérdidas. Por otra, el mercado de los servicios internacionales de alta velocidad, que ha registrado un fuerte aumento de tráfico y seguirá experimentando un desarrollo muy importante con la duplicación y la interconexión de la red transeuropea de alta velocidad. No obstante, en ambos casos, la presión de la competencia de las compañías aéreas de bajo coste es muy fuerte, por lo que resulta imprescindible el estímulo de nuevas iniciativas, introduciendo la

de viajeros. Este informe evaluará asimismo la evolución del mercado, incluido el estado de preparación para una mayor apertura del mercado ferroviario”. Las razones se explican en el Documento de Trabajo que acompañó a la Propuesta de la Directiva 2007/58 '*Extended Impact Assessment*', SEC (2004) 236 de 3 Marzo de 2004: “Las decisiones respecto a la apertura de los mercados domésticos puede que tenga que permanecer bajo la prerrogativa de los Estados miembros, justificada en principios de subsidiariedad. Desde un punto de vista práctico, es imposible predecir con exactitud los efectos de esta apertura. Por todo lo anterior, sería imprudente introducir legislación imponiendo la liberalización de los mercados domésticos de transporte de pasajeros por ferrocarril, al menos, hasta que la situación respecto al Reglamento sobre los contratos y acuerdos de servicio público, así como cualquier cambio de la situación actual, haya sido evaluada completamente y resuelta. Transparencia en este área ha de alcanzarse antes de ir más allá, liberalizar el mercado ferroviario doméstico dentro de un panorama de incertidumbre puede provocar más daño que simplemente continuar con la misma situación, a pesar de las presiones del PE en este sentido.”

competencia entre empresas ferroviarias, y ello condujo a que finalmente se incluyera el cabotaje en la apertura de este mercado¹⁹⁹.

Asimismo, la cuota del transporte ferroviario internacional de viajeros, calculada en función de las ventas de billetes internacionales, representa un 10% aproximadamente del volumen de negocios en el apartado de viajeros de las empresas ferroviarias. Se trata, en este caso, de trayectos internacionales, en los que cada viajero cruza al menos una frontera. Por lo general, en los trenes internacionales también viajan pasajeros que sólo pretenden desplazarse por el interior de un Estado miembro. Obviamente, las dimensiones de tal cabotaje²⁰⁰ están sujetas a variaciones, pero se constata con frecuencia que los trenes internacionales ofrecen un alto índice de ocupación entre las estaciones nacionales. El umbral de rentabilidad de un servicio internacional, que depende directamente del número de viajeros transportados, está supeditado a la posibilidad de tomar y dejar viajeros durante el trayecto. No conceder esa opción equivale a retirarle a un nuevo entrante la posibilidad de establecer un servicio viable desde un punto de vista económico. Por consiguiente, el cabotaje tiene gran importancia en los cálculos de los eventuales competidores. La exclusión del cabotaje de la prevista apertura del mercado afectaría a la rentabilidad del servicio internacional y supondría, por ende, una gran traba de acceso al mercado, pues constituiría una situación de discriminación, en la medida en que la empresa existente podría seguir tomando y dejando viajeros durante el trayecto, mientras que su competidor no podría hacerlo. Por esta razón, una apertura del mercado que hubiera excluido al cabotaje en la prestación de un servicio internacional no tendría un efecto real en el mercado.

Por tanto, en la medida en que se abren los derechos de acceso para la realización de servicios internacionales, la obligación existente de formar una agrupación internacional (del art. 10 de la Directiva 91/440) deja de estar justificada en el momento en que se produce dicha apertura. Como ilustra la Decisión de la Comisión *GVG/FS*²⁰¹, la

¹⁹⁹ Ahora bien, hay que dejar claro que se trata de cabotaje dentro de un servicio de transporte internacional de viajeros, puesto que los mercados nacionales para el transporte doméstico siguen cerrados.

²⁰⁰ El cabotaje de pasajeros, es decir, los viajeros que efectúan trayectos nacionales a bordo de trenes internacionales.

²⁰¹ Véase Decisión *GVG c/ FS* de la Comisión 2004/33/CE, de 27 agosto de 2003, (DO L11/17) analizada en el capítulo IV epígrafe 4 de este trabajo. Adelantándonos, no es difícil ver que, dada tal organización del mercado ferroviario, los nuevos empresarios que querían acceder a este mercado encontraban serias dificultades, por lo que no dio lugar a la emergencia de nuevos operadores, ya que como mínimo, debían crear una agrupación internacional para ofrecer servicios por ferrocarril internacionales para lo que debían alcanzar acuerdos con otra empresa ferroviaria en otro u otros Estados. Este requisito constituía, al fin y al cabo, una seria barrera de

obligación de formar una agrupación internacional constituyó un serio obstáculo para la entrada en el mercado. Por este motivo se suprime toda referencia al concepto de agrupación internacional a partir del 1 de enero de 2010.

6.1.2. Las inversiones cuantiosas en infraestructura. Es de destacar, por otra parte, que la Directiva también prevé que para fomentar las importantes inversiones en servicios que utilicen infraestructuras especializadas –por ejemplo, los enlaces en la red de alta velocidad–, es necesario que los solicitantes puedan exigir una seguridad jurídica que refleje la importancia y el volumen de las inversiones a largo plazo. Por tanto, *“debe permitirse a dichas empresas la conclusión de acuerdos marco de hasta 15 años”*²⁰².

6.1.3. El régimen de intervención estatal en los servicios públicos ferroviarios.

Además, la Directiva prevé que los Gobiernos podrán limitar el derecho de acceso al mercado cuando pueda comprometer el equilibrio económico de los contratos de servicio público (art. 1-8), 3 ter y 3 quater de la Directiva 2007/58). En este sentido al mismo tiempo, pero sin formar parte de este paquete legislativo, el mismo 3 de diciembre de 2007 se publicó en el Diario Oficial de la UE el Reglamento 1370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y por carretera²⁰³, que

acceso a este mercado, incluso para servicios nuevos (“niche services”), o servicios que habían dejado de ofrecer las empresas ferroviarias históricas.

²⁰² En el art. 2-4) 5 bis. Ahora bien, normalmente los contratos marco iniciales, a partir del 1 de enero de 2010, serán de 5 años renovables una vez.

²⁰³ Reglamento (CE) No 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) no 1191/69 y (CEE) no 1107/70 del Consejo. Este Reglamento no es de aplicación a los transportes de mercancías ni de vías navegables. Son las autoridades de los Estados las que deciden que servicios se han de considerar como de servicio público o no (Considerando 12). En el caso del ferrocarril convencional para la concesión de un servicio público se ha de acudir a la licitación competitiva, aunque se contemplan varias excepciones en el art. 5 del mismo Reglamento 1370/2007, por medio de la adjudicación directa, como por ejemplo en caso de urgencia por interrupción del servicio o por parte de las administraciones públicas o entidades jurídicas dependientes de las mismas, pero exclusivamente en su territorio propio, sin ni siquiera poder participar en licitaciones públicas en otros territorios. El art. 4.3 del Reglamento limita la duración máxima de los contratos de servicio público a quince años, que podrán prolongarse hasta un 50% del periodo original si el operador aporta elementos del activo que resulten significativos en relación con la totalidad de activos necesarios para la prestación de los servicios objeto del contrato. Este Reglamento en vigor desde el 3 de diciembre de 2009 tiene un periodo transitorio de adaptación de diez años. Por su parte, al derogar los Reglamentos 1191/69 y 1107/70, todas las compensaciones que queden fuera de este mismo Reglamento 1370/2007 podrán considerarse ayudas estatales y por tanto, sujetas a los arts. 93, 106, 107 y 108 TFUE. Por su parte, el LIBRO VERDE '*Hacia una nueva cultura de la movilidad urbana*' de 25 septiembre 2007, [COM(2007) 551], dice que “la Comisión está estudiando en la actualidad la publicación de Directrices sobre las ayudas estatales en el sector ferroviario para mejorar la transparencia y la seguridad jurídica en una actividad económica que se está abriendo gradualmente a la competencia y que es crucial para una movilidad sostenible en Europa. Uno de los problemas que la Comisión tendrá que abordar es la necesidad de sustituir rápidamente un material rodante

establece las normas aplicables a las compensaciones por obligaciones de servicio público.

En efecto, el art. 93 TFUE contempla un régimen específico, respecto al régimen general del art. 106-2º TFUE, para la compensación de las obligaciones de servicio público en el sector de los transportes: *Serán compatibles con los Tratados las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público.* La normativa específica en la materia se recogía en los Reglamentos 1191/1969, 1192/1969 y 1107/70 (derogados) y ahora se establece desde el 3 de diciembre de 2009 en el Reglamento 1370/2007²⁰⁴. Por lo tanto, no se aplicará a este sector el nuevo paquete de

envejecido en aras de la fiabilidad, la seguridad y una mejor interoperabilidad. En determinadas zonas de Europa, esta necesidad es particularmente aguda y la ayuda regional parece ser, pues, un instrumento apropiado para solucionar este problema.” En consecuencia, la Comisión adoptó el 30 de Abril 2008 '*Directrices sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias*' [DO C 184 de 22.7.2008]. El objetivo de las directrices en cuestión es proporcionar orientaciones sobre la compatibilidad de las ayudas estatales a las empresas ferroviarias con los artículos 93 y 107 del Tratado. Quedan prohibidas las ayudas estatales que falseen o amenacen falsear la competencia en el mercado común. No obstante, se establecen excepciones, en especial, para las ayudas que fomenten el desarrollo económico de la Unión Europea en general (artículo 107.3 TFUE). Además, el artículo 93 estipula que las ayudas son compatibles con el Tratado cuando responden a necesidades de coordinación de los transportes o cuando corresponden al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público. Las ayudas relativas a las Obligaciones de Servicio Público se enmarcan en el reglamento 1370/2007 y, por lo tanto, quedan excluidas del ámbito de aplicación de las presentes directrices. Estas directrices se aplican a las empresas ferroviarias y a las empresas de transporte urbano, de cercanías o regional de pasajeros en lo relativo a las ayudas a la compra y a la renovación de material rodante. No se contemplan las financiaciones públicas destinadas a los gestores de infraestructuras. Por tanto, se contemplan las ayudas (1) a la compra o renovación de material rodante por medio de los fondos estructurales o de las ayudas regionales, (2) la amortización de deudas por los Estados para el saneamiento financiero de las empresas ferroviarias, y (3) la definición de criterios que permitan ayudas con vistas a lograr objetivos de interoperabilidad, seguridad o medioambientales. Completa este marco de ayudas al sector ferroviario, la “Aclaración de las Recomendaciones de la Comisión relativas a la aplicación de las normas de competencia a los proyectos de nuevas infraestructuras de transporte” (DO C 298 de 30 de septiembre de 1997), que, aunque es un documento antiguo, sigue en vigor. Su objetivo es informar a los promotores de proyectos de infraestructura sobre la necesidad de prever sistemas de asignación de capacidades que sean suficientemente flexibles a lo largo del tiempo y no creen distorsiones de competencia entre usuarios. Cuestión muy importante en el ámbito de la EFD/DRE donde los cuellos de botella y la falta de capacidad de ciertas infraestructuras influyen en la característica de esencialidad de un recurso.

²⁰⁴ Si bien el régimen general de intervención pública se establece en la Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, apartado 2, del TCE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (*DOCE L 312/1967 de 29 de noviembre de 2005*) y la sentencia del TJCE de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en el que participa *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Rec. 2003 pág. I-07747. Sobre esta sentencia dice MONTERO PASCUAL, J.J.: “La transición a la competencia en el transporte ferroviario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, 2009, nº 4, pág. 130, que el Reglamento 1370/2007

ayudas estatales para los servicios de interés económico general (SIEG) publicado el 20 de diciembre de 2011²⁰⁵.

Este Reglamento aplicable exclusivamente al transporte de viajeros, tanto nacional como internacional, define las condiciones en las que las autoridades nacionales competentes pueden compensar a los operadores de servicios públicos por los costes que se deriven de las obligaciones de servicio público o interés general impuestas, de forma que esta compensación no constituya una ayuda pública sujeta a la restrictiva normativa comunitaria en la materia. Lo que supone una novedad de este Reglamento es que los Estados miembros tienen la obligación de “*definir claramente las obligaciones de servicio público*” (art. 4.1. a)).

El modelo de estricta compensación de los costes impuestos por las obligaciones de servicio público parte de la exigencia de una clara definición del contenido de dichas obligaciones. Se supera así una cierta tradición de indefinición del contenido del servicio público, en la que la mera presencia de la Administración garantizaba la satisfacción de un interés general que no era concretado²⁰⁶.

El elemento clave de este régimen es que debe garantizarse la adecuación de la compensación prevista al coste efectivo de la prestación del servicio, de forma que la compensación no resulte excesiva, evitándose así la calificación de la compensación como una ayuda pública. Asimismo se asegura al prestador una tasa razonable por la prestación del servicio.

Por tanto, poniendo en relación la Directiva que nos ocupa con el régimen establecido por este Reglamento 1370/2007 y de acuerdo con lo dicho a lo largo de este apartado, en los servicios ferroviarios de interés público, en los que generalmente se otorga a cambio al operador una compensación y/o derechos exclusivos (en contrapartida por la ejecución de obligaciones recogidas en el marco de un contrato de servicio público), es en la concesión de derechos exclusivos cuando obviamente se entra en conflicto con los

sigue en gran medida las líneas definidas por la jurisprudencia -caso Altmark- introduciendo un régimen más detallado y adaptado a la realidad del sector.

²⁰⁵ El paquete se compone de una Comunicación, una Decisión y una Propuesta de Reglamento de minimis. Se puede consultar en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html

²⁰⁶ Como dice MONTERO PASCUAL, J.J.: “La transición a la competencia en el transporte ferroviario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, 2009, nº 4, pág. 131.

derechos de cabotaje en los servicios internacionales²⁰⁷. En síntesis, en el régimen de apertura del transporte internacional ferroviario de pasajeros que establece esta Directiva se dan las excepciones siguientes, y que limitan, por tanto, la liberalización plena del mercado:

- Como hemos visto al principio de este apartado, los Estados miembros pueden restringir el derecho de acceso al mercado cuando este pueda comprometer el equilibrio económico de esos contratos de servicio público, bajo la petición de una parte interesada y que sea ratificado por el Regulador en base a un estudio objetivo.
- Se puede limitar el acceso de los servicios de transporte internacionales, por obligaciones de servicios de interés comercial ganados mediante licitación competitiva, que se hayan adjudicado antes del 4 de diciembre de 2007, durante el período de la concesión o un máximo de quince años (prevaleciendo el período más corto). Por ejemplo, las franquicias.
- Para considerarse un servicio como internacional y poder disfrutar de los derechos de cabotaje en un determinado Estado miembro, su finalidad principal debe ser el transporte internacional, lo que valorará el Regulador, en caso de instancia de parte perjudicada (considerando 5 de la Directiva), y en este sentido, se amplían las competencias del Regulador. Con ello, se evita que se creen servicios como internacionales, cuando en realidad su objeto sea competir con los tráficos nacionales, y al mismo tiempo se estarían protegiendo los servicios de interés comercial que no estén protegidos por una concesión otorgada por licitación.

6.1.4. Régimen español respecto a los servicios de transporte ferroviario de interés público

Los arts. 53 y 54 de la Ley española del Sector Ferroviario actual se refieren a los servicios de transporte ferroviario de interés público. Como pone de manifiesto MONTERO PASCUAL²⁰⁸, la normativa española presta escasa atención a la definición de los instrumentos de intervención para garantizar la satisfacción del interés general más allá de los mecanismos de competencia. Tanto es así que aunque el art. 53 prevé el

²⁰⁷ La Comisión indica que una apertura total del mercado ferroviario internacional de pasajeros podría afectar a los contratos vigentes de servicio público, pues los Estados miembros ya no podrían conceder derechos de uso exclusivo de tramos ferroviarios en el marco de contratos de servicio público.

²⁰⁸ MONTERO PASCUAL, J.J.: “La transición a la competencia en el transporte ferroviario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, 2009, nº 4, pág. 133.

desarrollo reglamentario a través de una orden ministerial, ésta no ha sido adoptada hasta la fecha.

El régimen establecido en la Ley del Sector Ferroviario exige cinco requisitos para considerar un servicio ferroviario como de interés público:

1. La prestación del servicio se limita a las líneas o tramos de la Red Ferroviaria de Interés General, que es competencia del Estado.
2. Se exige que el servicio sea “necesario para garantizar la comunicación entre distintas localidades del Estado español”. Por lo que quedan en gran medida a la discreción de la Administración las condiciones en que dicha comunicación se hace necesaria.
3. Se exige que el servicio “resulte deficitario o no se produzca en las condiciones de frecuencia y calidad”. Por lo tanto, el régimen de servicio público resulta aplicable sólo cuando el régimen general se demuestra insuficiente para garantizar la prestación del servicio.
4. Se exige una decisión formal del Consejo de Ministros.
5. Queda sujeta a la obtención de una autorización cuyo otorgamiento corresponde al Ministerio de Fomento mediante un procedimiento de licitación pública transparente y no discriminatorio. Dicha autorización tiene carácter exclusivo, pues constituye en sí misma una compensación por la imposición de una obligación de servicio público. La autorización define el régimen de derechos y obligaciones de la prestación del servicio, incluido el régimen de financiación que recibirá la empresa ferroviaria de la Administración que haya solicitado el servicio, la cual viene obligada a financiarlo.

También se contempla la posibilidad de que el Ministerio de Fomento imponga la obligación del servicio a una determinada empresa ferroviaria en el caso de que el procedimiento de licitación quede desierto, por lo que normalmente será Renfe-Operadora la que lo acabe prestando debido a su destacada presencia en todo el territorio nacional.

Por último, señalar que en el Anexo 2 del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: '*Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*'²⁰⁹ se recoge el **estado de transposición de la Directiva 2007/58/EC en los Estados miembros**, la cual debía estar transpuesta el 4 de Junio 2009. Este anexo indica, a fecha de 15 de Septiembre de 2009, los países que

²⁰⁹ COM(2009)676. Los Anexos se recogen en el *Commission staff working document* de la misma fecha, que acompaña al Informe, SEC(2009) 1687.

han notificado la total transposición de la Directiva y los países respecto a los cuales la Comisión ha abierto un procedimiento bajo el art. 258 TFUE, entre ellos España.

6.2. Directiva 2007/59

La segunda Directiva 2007/59 se refiere a la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad.

Un estudio realizado en 2002 por la Comisión Europea reveló la gran diversidad existente entre las legislaciones nacionales en cuanto a las condiciones de certificación de los maquinistas. Para mejorar esta situación, la nueva normativa permite a los maquinistas y personal asociado a la conducción que tienen licencia en un Estado miembro operar en otros por medio de un sistema de certificación único a dos niveles: el primero consiste en una licencia expedida por los Estados miembros sobre la base de criterios profesionales, médicos y lingüísticos armonizados; mientras que el segundo es un 'certificado complementario armonizado' para las infraestructuras y el material móvil específicos en los que los maquinistas están autorizados a conducir. Este certificado será sometido a una comprobación periódica y estará sujeto a posibilidades de modificación y retirada.

El maquinista que solicite este certificado deberá superar un examen de sus conocimientos y competencias profesionales sobre las infraestructuras para las que esté previsto el certificado. Dicho examen abarcará materias generales y conocimientos lingüísticos específicos. En los siete Anexos de la Directiva se recogen dichas condiciones y requisitos respecto a la licencia y el certificado.

Esta Directiva se aplica progresivamente según se indica en el art. 37: Los Registros deben crearse en el período de dos años desde que se adopten los parámetros básicos (establecidos en el art. 22-4²¹⁰) para crearse los Registros a los que están obligados tanto las autoridades competentes para las licencias, como los operadores ferroviarios para los certificados.

²¹⁰ Según este art. 22-4, la Comisión debía aprobar para el 4 de diciembre de 2008, sobre la base de un proyecto elaborado por la Agencia, los parámetros básicos de los registros, tales como los datos que deben consignarse, formato y protocolo de intercambio, derechos de acceso, duración de la retención de datos y procedimientos que deben seguirse en caso de quiebra. De este modo, se promulgó la Decisión de la Comisión 2010/17/CE, de 29 de octubre de 2009, *sobre la adopción de parámetros básicos para los registros de licencias de conducción de trenes y los certificados complementarios previstos en la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* (notificada con el número C (2009) 8278) [Diario Oficial L 8 de 13.1.2010].

En ese mismo período de dos años, se deberán emitir licencias y certificados de acuerdo con esta Directiva para los maquinistas de trenes que realicen servicios transfronterizos, cabotaje o servicios de mercancías en otro estado miembro o trabajen al menos en dos Estados miembros.

Dentro de los dos años siguientes desde que funcionen los Registros, todos los certificados y licencias nuevos que se emitan, se emitirán según esta Directiva²¹¹ y, después de siete años todos los maquinistas tendrán estas licencias y certificados conformes con esta Directiva, con algunas excepciones para ciertos conductores habilitados antes de la aplicación de la Directiva.

Por otro lado, el art. 16 estableció un mandato a los Estados miembros para que adoptaran las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 4 de diciembre de 2009, fecha límite para su transposición.

Otra de las grandes inquietudes del sector ferroviario que recoge la Comisión, en relación al alto coste de formación de los maquinistas, se refleja en el Considerando (12) articulándose en el art. 24. Cuanto más, cuando de acuerdo con el art. 13(4) de la Directiva 2004/49/EC, los operadores ferroviarios y gestores de infraestructura son responsables del nivel de formación de los maquinistas que empleen. También es importante que haya suficiente número de maquinistas con la formación requerida. Por todo ello, se hace primordial garantizar que las inversiones que realiza un operador ferroviario o un gestor de infraestructura en la formación de sus maquinistas no acaben beneficiando indebidamente a otro operador o gestor de la infraestructura, en el caso de que un maquinista una vez formado voluntariamente sea empleado por otro operador o gestor que no invirtió en su formación. Se deja campo abierto a las medidas que se tomen en este sentido, sugiriendo que puedan ser de naturaleza legislativa, convenios colectivos, cláusulas contractuales entre el empleador y el maquinista, o acuerdos que recojan el empleo de un maquinista por otro operador siempre que dichos maquinistas sean parte de tales acuerdos.

²¹¹ Para ello se adoptó el Reglamento (UE) n.º 36/2010 de la Comisión, de 3 de diciembre de 2009, sobre los modelos comunitarios de licencias de conducción de trenes, certificados complementarios, copias autenticadas de certificados complementarios y formularios de solicitud de licencias de conducción de trenes, en aplicación de la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 13 de 19.1.2010).

6.3. Reglamento 1371/2007

En el nuevo Reglamento 1371/2007, *sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril*²¹², al igual que se ha realizado en el sector aéreo, con la protección de los derechos de los viajeros en caso de indemnización por los daños derivados del retraso, pérdida de enlace, cancelación de servicios, etc., la Comisión pretendía establecer una normativa similar para los viajeros que realicen viajes internacionales y nacionales por ferrocarril, estableciendo unas normas mínimas sobre información, retrasos, tramitación de las denuncias, asistencia a las personas con movilidad reducida, etc.

En un principio, este Reglamento sólo se pensaba aplicar a los servicios internacionales, pero tras largas negociaciones, el Parlamento logró que su cobertura se amplíe al transporte ferroviario nacional desde el mismo momento de su entrada en vigor a finales de 2009, dos años después de su publicación en el Diario Oficial de la UE. No obstante, los Estados miembros podrán posponer la aplicación de las nuevas normas hasta 15 años concediendo exenciones a las empresas ferroviarias, únicamente respecto de la aplicación de las disposiciones del presente Reglamento a los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril. (Considerando 25 y art. 2-4).

El texto introduce indemnizaciones para los pasajeros de tren afectados por retrasos -del 25% del precio del billete para una demora de entre 60 y 119 minutos y del 50% si el retraso es igual o superior a 120 minutos (art. 17)-. La indemnización por el precio del billete deberá abonarse en el plazo de un mes a partir de la presentación de la solicitud correspondiente.

Otros elementos recogidos en esta nueva legislación es que las empresas ferroviarias estarán obligadas a informar a los viajeros sobre sus derechos y obligaciones (arts. 8 y

²¹² Es destacable el informe *“Desarrollo del transporte (internacional) de viajeros por ferrocarril en la UE: estudio del mercado real y potencial de servicios de transporte internacional de viajeros por ferrocarril”*, OGM, Bruselas, febrero de 2002. El informe presenta un panorama general de los problemas a que se enfrentan los viajeros internacionales de ferrocarril. En el se estima que el transporte ferroviario internacional representaba entre un 10% y 15% del volumen de negocios de las empresas ferroviarias. Asimismo, el estudio mencionaba el inmenso potencial del transporte internacional de viajeros por ferrocarril, pues se espera que el número de viajes al extranjero aumente como consecuencia de los cambios en la estructura demográfica de la población europea: es más probable que las personas de mayor edad viajen en tren, medio más cómodo y práctico que el automóvil, el autocar o el avión. Puede consultarse el texto íntegro en: <http://europa.eu.int/comm/transport/rail/library/ogmreport.pdf>

10)²¹³. Asimismo, deberán tomar las medidas necesarias para garantizar el acceso no discriminatorio de viajeros con discapacidad y con movilidad reducida; y tendrán que permitir a los viajeros llevar bicicletas en el tren, a condición de que sean fáciles de manejar, de que el material rodante lo permita y de que el servicio ferroviario no resulte afectado por ello.

Este Reglamento se basa y respeta el sistema instaurado por el COTIF²¹⁴, cubriéndose, además, otros extremos y ampliando su ámbito de aplicación al ámbito nacional, tal y como dicen los Considerandos 6 y 14, y los arts. 4 y 11, respecto a la celebración y ejecución de un contrato de transporte y el suministro de información y billetes, y respecto a la responsabilidad de las empresas ferroviarias frente a los viajeros y sus equipajes, que se regirán también por lo dispuesto en el Anexo I: 'Extracto de las reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV) Apéndice A del Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF), de 9 de mayo de 1980, modificado por el Protocolo por el que se modifica el Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril de 3 de junio de 1999'.

- Propuesta de Reglamento sobre la calidad del transporte ferroviario de mercancías

Por último, reseñar que aunque originariamente el Parlamento Europeo y el Consejo presentaron una propuesta de Reglamento (*Comunicación 2004/144*) referente a la mejora de la calidad del transporte ferroviario de mercancías y que incluía unas indemnizaciones por incumplimiento de los requisitos contractuales de calidad en los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, esta propuesta no ha sido desarrollada y fue retirada por la Comisión el 25 de marzo de 2009²¹⁵. Ahora bien, sin

²¹³ Incluso el Anexo II recoge la “Información mínima que deben facilitar las empresas ferroviarias y/o los proveedores de billetes”. Y el Anexo III: “Normas mínimas de calidad del servicio”; también ver art. 28.

²¹⁴ Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF), de 9 de mayo de 1980, modificado por el Protocolo *por el que se modifica el Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril* de 3 de junio de 1999'. Véase al respecto el siguiente epígrafe 7, apartado 1).

²¹⁵ *DO C 2009/ 71/18* - Retirada de propuestas de la comisión obsoletas. Lo que no quiere decir que no sea necesaria, pues la evolución global de la calidad de los servicios internacionales de transporte de mercancías por ferrocarril es alarmante. Los indicadores de puntualidad de los trenes internacionales de transporte combinado, recopilados por la UIRR en todos los grandes ejes europeos de transporte de mercancías, ponen de manifiesto unos resultados inaceptables. En 1999, el 40% de los trenes de transporte combinado sufría un retraso de más de 30 minutos. Tres años después, en el año 2002, el 52% de los trenes no llegó a su hora; un 7% registró incluso retrasos superiores a 24 horas. La causa principal de los retrasos fue la falta de locomotoras o de personal en los puntos de entrega de las mercancías. El sistema actual de indemnización de los clientes en el transporte internacional de mercancías por ferrocarril se define en el Anexo CIM del

tener la misma fuerza vinculante, se pretendió salir al paso de esta situación con la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2008 “*Calidad de los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril*”²¹⁶. Esta Comunicación presenta un análisis de la calidad de los servicios de transporte ferroviario de mercancías y de la eficacia de los acuerdos y medidas de carácter voluntario establecidas por el sector, así como una serie de recomendaciones relativas a la actuación comunitaria en este terreno. La Comisión señala que la información al cliente y la reactividad comercial de los operadores están mejorando constantemente desde hace varios años. Paralelamente, los operadores ferroviarios históricos han emprendido una reestructuración de su producción y el desarrollo de la competencia ha estimulado la racionalización, la introducción de nuevos métodos y nuevos modos de producción, y el enriquecimiento de la oferta. A pesar de estos progresos, la Comisión lamenta que la calidad del servicio ofrecido por el ferrocarril siga siendo aparentemente inferior a la que puede ofrecer el sector del transporte por carretera. El sector se ha comprometido colectivamente a mejorar la calidad del transporte de mercancías a través de la Carta firmada en julio de 2003 por la Unión Internacional de Ferrocarriles (UIC), la Comunidad Europea del Ferrocarril (CER) y el Comité Internacional de Transportes Ferroviarios (CIT) (Anexo I). Además, numerosos operadores históricos han iniciado una política de certificación de la calidad de sus prestaciones (Anexo II). Finalmente, la presencia de cláusulas en materia de calidad es cada vez más frecuente en los contratos. Sin embargo, la Comisión subraya que falta información sobre la calidad del transporte de mercancías por ferrocarril. La información más extendida se refiere a la puntualidad de los trenes, que, en general, apenas mejora y sigue siendo bastante deficiente (Anexos III y IV). En opinión de la Comisión, la introducción de mejoras en los ámbitos relacionados con la gestión del tráfico ferroviario es prioritaria. Esto supone, concretamente, que se

COTIF. El Convenio CIM de 1980, actualmente en vigor, así como el nuevo Convenio CIM (correspondiente al texto del protocolo de Vilnius), estipulan que la empresa ferroviaria deberá pagar una indemnización en caso de pérdida o daño de la mercancía transportada o si no se respeta un tiempo de transporte máximo. El Convenio CIM establece un plazo de transporte de referencia de 24 horas para un vagón completo por cada tramo de 400 km. Esta cifra representa una velocidad de transporte media mínima de 17 km/h, lo cual no corresponde, hoy en día, a las expectativas de los clientes. Así pues, en su forma actual, las disposiciones del Anexo CIM del COTIF no se ajustan a las condiciones del mercado del transporte. En la actualidad, los requisitos de calidad contractuales, incluidas las disposiciones sobre indemnización por incumplimiento de las horas de llegada acordadas, se limitan esencialmente al tráfico nacional. Existen muy pocos ejemplos de este tipo de contratos de calidad en el transporte internacional. Se limitan a los trenes de transporte combinado o a los trenes bloque que transportan mercancías de alto valor, por ejemplo vehículos encargados por grandes clientes industriales, como los fabricantes de automóviles. Por su posición dominante en el mercado, los operadores tradicionales del transporte de mercancías por ferrocarril no suelen proponer cláusulas de indemnización efectivas. En cambio, las nuevas empresas ferroviarias suelen suscribir contratos de calidad con sus clientes.

²¹⁶ COM (2008) 536– no publicada en el Diario Oficial.

intensifique el uso de nuevas tecnologías, que se realice un mejor mantenimiento de las infraestructuras, una mayor cooperación entre los gestores nacionales de infraestructuras, y un desarrollo mucho más rápido de la interoperabilidad técnica y administrativa.

La Comisión cree que el desarrollo de la competencia es primordial para mejorar la calidad del servicio, aunque en la actualidad es demasiado lento. Para fomentarlo, a corto plazo la Comisión se centró en:

- la aplicación efectiva de las normas de competencia contenidas en el primer y el segundo paquetes ferroviarios;
- la refundición del primer paquete ferroviario.

El seguimiento de la aplicación de las directrices sobre ayudas estatales a las empresas ferroviarias será igualmente importante para mejorar el funcionamiento de los mercados del transporte ferroviario.

La Comisión también intensificará su actuación en favor de una utilización óptima de las infraestructuras, de la cooperación entre los gestores de éstas y de la inversión en infraestructura ferroviaria. La Comisión destaca que los resultados de este modo de transporte ya no disminuyen desde 2004, y que incluso aumentaron de forma significativa en 2006. No obstante, esta tendencia no parece aún estar consolidada, ya que viene respaldada fundamentalmente por factores exógenos como el aumento del precio del petróleo y de la congestión vial, o condiciones climáticas desfavorables para la navegación fluvial.

7. OTRAS MEDIDAS

Para completar esta reestructuración de la situación ferroviaria europea, en este apartado recojo otras medidas significativas, que tratan diferentes aspectos del transporte ferroviario:

1) La entrada en vigor en 1985 del Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF) de 1980 marcó el nacimiento de la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril, hoy llamada OTIF. Este Convenio se firmó en Berna y quedó modificado por el Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999. El

Protocolo entra en vigor conforme se va ratificando por los Estados miembros²¹⁷. El objetivo es establecer un régimen jurídico uniforme aplicable a los transportes de viajeros, equipajes y mercancías en tráfico internacional directo entre los Estados miembros.

La OTIF está compuesta actualmente de 41 países, a saber:

- todos los Estados de Europa a excepción de los Estados antes integrados en la antigua URSS (excepto Lituania y Letonia)
- cuatro Estados de Oriente Próximo (Irak, Irán, Líbano y Siria)
- tres Estados de África septentrional (Argelia, Marruecos y Túnez).

Las tareas principales de la OTIF se refieren a los temas siguientes: el derecho de transporte internacional por ferrocarril (transporte de pasajeros y mercancías), el transporte de mercancías peligrosas, el contrato de utilización de vehículos, el contrato de utilización de la infraestructura ferroviaria, la validación de normas técnicas y la adopción de requisitos técnicos uniformes aplicables al material ferroviario, la eliminación de los obstáculos al paso de las fronteras en el marco del tráfico internacional, la participación en la elaboración de otros convenios internacionales relativos al transporte ferroviario.

La adhesión al Convenio está abierta a las organizaciones regionales de integración económica, como la Unión Europea²¹⁸.

²¹⁷ El 18 de junio de 2002 España depositó el instrumento de ratificación.

²¹⁸ Debido a que además las nuevas propuestas comunitarias sobre el transporte ferroviario se refieren directamente a ámbitos cubiertos por el Protocolo de Vilna y, en concreto, los derechos de los pasajeros, las obligaciones de los transportistas de mercancías y la interoperabilidad, se propusieron la Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza a la Comisión a negociar las condiciones de adhesión de la Comunidad al Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF), de 9 de mayo de 1980, modificado por el protocolo de Vilnius, de 3 de junio de 1999 (COM (2002) 24- no publicado en el Diario Oficial), y la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Comunidad Europea del Acuerdo de adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de mayo de 1980, modificado por el Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999 (COM (2003) 696), pero con la entrada del Tratado de Lisboa y la modificación de la base jurídica para estos actos por los arts. 91 y 218-6, a) TFUE se hace necesaria la previa aprobación del Parlamento Europeo, siendo la última formalidad llevada a cabo, respecto al procedimiento de adopción de esta Decisión, el Dictamen del Parlamento en lectura única. Ahora bien, el Convenio COTIF de 1980 incluye las reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional ferroviario de viajeros y equipaje, el llamado apéndice CIV. Al aprobarse el Reglamento 1371/2007 (visto más arriba), y por tanto quedar cubiertos los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, y retirarse la propuesta de Reglamento (Comunicación 2004/144) referente a la mejora de la calidad del transporte ferroviario de mercancías, quizá se haya perdido el interés en suscribir este Convenio por parte de la Unión.

2) Una de las principales dificultades para el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios reside en el hecho de que el material rodante, cuya puesta en servicio se ha autorizado en un Estado miembro no se acepte automáticamente en otro Estado miembro. Efectivamente, la aceptación mutua del material rodante está sujeta a especificaciones nacionales divergentes y los transportistas internacionales deben someterse a procedimientos de homologación repetidos en los Estados miembros en los que pretenden ejercer su actividad, sobre la base de elementos que, a menudo, no son objeto de reconocimiento mutuo por parte de los Estados miembros; efectivamente, existe la aceptación mutua para los vagones de carga y de pasaje, pero no para las locomotoras. La experiencia ha demostrado que esta situación ocasiona retrasos y costes a las empresas ferroviarias y a los fabricantes. El principio de reconocimiento mutuo se aplicaba de manera insuficiente en el sector ferroviario, ya que las empresas y las autoridades nacionales lo desconocen o no lo tienen en cuenta. Además, persiste la inseguridad jurídica en cuanto a su alcance y a la carga de la prueba. Por ello, se establece la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2006, «Facilitar la circulación de locomotoras en la Comunidad»²¹⁹, con el fin de modificar la legislación relativa al procedimiento de autorización de puesta en servicio del material nuevo y del material existente, y simplificarlo²²⁰; esa modificación permitiría crear un procedimiento marco preciso de ayuda a las autoridades nacionales de seguridad de reciente creación; otra de las metas es lograr que la Agencia Ferroviaria Europea pueda desarrollar y actualizar el procedimiento de aceptación mutua a partir de las contribuciones de los Estados miembros. Asimismo, se sugiere que se fusionen las Directivas sobre la interoperabilidad ferroviaria²²¹ y se refuercen las competencias de la Agencia Ferroviaria Europea.

3) Respecto al marco de la interoperabilidad y la seguridad se han adoptado la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, *sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad*²²², y Directiva 2008/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la

²¹⁹ (COM (2006) 782 - no publicada en el Diario Oficial).

²²⁰ Véase COM(2005) 535 y COM(2006) 690: *Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa - Una estrategia para la simplificación del marco regulador*.

²²¹ Se trataría de consolidar y fusionar las directivas de interoperabilidad ferroviaria: 96/48, 2001/16, y 2004/50.

²²² DO L 191 de 18.7.2008.

que se modifica la Directiva 2004/49/CE sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios²²³.

4) Por otra parte, decir que a lo largo del capítulo se han mencionado varios de los Anexos del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: '*Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*'²²⁴, por lo que para no extenderme sólo mencionare los dos más significativos que considero en relación con esta tesis (aparte de los ya mencionados):

- Anexo 12: '*Market shares of railway undertakings (2008)*' representa la cuota de mercado de las empresas ferroviarias por Estado miembro. Este anexo muestra la todavía fortísima posición de dominio de las empresas ferroviarias históricas en el mercado de carga, donde por ejemplo Deutsche Bahn AG ostenta un 78%, en Francia SNCF un 90%, Renfe-Operadora un 95%, y en Reino Unido, siendo el único país donde no hay operador histórico, la cuota mas alta con un 55,8% la ostenta DB Schenker Rail UK. En el mercado de pasajeros, SNCB/NMBS en Bélgica ostenta un 100%, en Alemania DB AG un 89,9%, Renfe-Operadora un 100%, en Francia SNCF un 100%, en Holanda Netherlands Railways un 98%, y esta es la tónica general excepto en el Reino Unido, que la cuota más alta la ostenta South West Trains con un 10,5% compartiendo el mercado con otros 21 operadores.

²²³ DO L 345 de 23.12.2008.

²²⁴ Este Segundo infrome es el documento COM(2009)676. Los Anexos se recogen en el *Commission staff working document* de la misma fecha, que acompaña al Informe, [SEC(2009) 1687]. Este Informe revisa importantes aspectos tales como:

- Respecto a la infraestructura ferroviaria, en 2008, la red ferroviaria europea contaba con 5.764 km de líneas de alta velocidad, situadas en Francia, España, Alemania, Italia, Bélgica y el Reino Unido. La red de alta velocidad está registrando una expansión importante, especialmente en España, donde se están construyendo más de 1 600 km de líneas (véase el anexo 18).

- La implantación del sistema ERTMS (*«European Railway Traffic Management System»*) constituye un indicador importante del avance hacia una mayor interoperabilidad. A finales de 2009, la Unión dispondrá de unos 3.000 km de líneas en servicio equipadas con ERTMS. Los planes nacionales de despliegue indican que la red equipada con ERTMS debería alcanzar 20.000 km a finales de 2012 y 30.000 km a finales de 2020, concentrándose en las líneas más importantes a escala europea. Como dato de contraste, indicar que la longitud total de la red ferroviaria de la UE actual es de 212.000 kms.

- Los países de nueva adhesión de la UE-12 se distinguen por la escasa inversión en transporte ferroviario; según datos de 2006 proporcionados por la CER, la inversión media por kilómetro en el mantenimiento de las líneas ferroviarias era cinco veces mayor en la UE-15 que en la UE-12 (véase el anexo 20).

- Por otra parte, la crisis afecta más al segmento del material rodante que a la infraestructura, afectando de forma significativa, entre otros puntos, a las compras de material rodante destinado al transporte de mercancías. En comparación, de aquí al año 2013, el segmento de los trenes de alta velocidad debería ser el más dinámico en la parte occidental de Europa, mientras que el de los trenes convencionales para viajeros y mercancías seguirá dominando en la parte oriental del continente.

- Anexo 13: '*Rail market opening score (2008)*', dividido en carga y pasajeros, recoge el número de licencias válidas emitidas en cada Estado junto con el porcentaje de la cuota de mercado total de las nuevas empresas ferroviarias (distintas de las empresas ferroviarias históricas), y dando una puntuación de apertura del mercado. En lo que se refiere al transporte de mercancías, los mercados más abiertos son los de Estonia, el Reino Unido y Rumanía. En varios Estados miembros se mantienen situaciones de monopolio de hecho. Para el tráfico de viajeros, se observa a menudo una yuxtaposición de monopolios locales, sin que exista competencia entre las distintas compañías ferroviarias.

También se puede observar que España tiene la puntuación de apertura más alta en carga a pesar de la reducida cuota de mercado de las nuevas empresas, y en pasajeros es una de las más altas, a pesar de que la cuota de mercado de las nuevas empresas también es nula. Sin embargo, en Reino Unido a pesar del alto número de cuota de mercado de las nuevas empresas, la puntuación de apertura es baja. Desde mi punto de vista, esta situación se explica porque España ha dado recientemente un amplio salto en la liberalización de su mercado, aunque todavía la competencia en el mercado es reducida, mientras que el Reino Unido liberalizó su mercado a la competencia muchos años atrás, como veremos en el siguiente epígrafe.

5) Recientemente se promulgó el Reglamento 913/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010, sobre una red ferroviaria europea para un transporte de mercancías competitivo²²⁵.

Este Reglamento requiere que los Estados miembros establezcan corredores internacionales de orientación comercial para cumplir tres iniciativas, a saber:

- ☐ la integración europea de infraestructuras de ferrocarril, reforzando la cooperación entre gestores de infraestructura en relación a la inversión y la gestión de los tráfico;
- ☐ equilibrio entre transporte de carga y de pasajeros a lo largo de los “corredores o pasillos ferroviarios”, proporcionando una capacidad adecuada y dando prioridad a la carga de acuerdo con las necesidades del mercado y asegurando que los trenes de carga cumplan objetivos de puntualidad;

²²⁵ DO L 276 de 20.10.2010, pp. 22/32.

- intermodalidad entre ferrocarril y los otros modos de transporte integrando terminales en la gestión y el desarrollo de los “corredores o pasillos ferroviarios”.

6) El 16 de Junio de 2011 la Comisión Europea ha exigido formalmente a ocho Estados miembros que implanten en su totalidad la Directiva sobre interoperabilidad ferroviaria 2008/57/EC y su modificación de 2009. Austria, la República Checa, Alemania, Irlanda, Holanda, Polonia, Suecia y Reino Unido no han notificado hasta ahora a la Comisión las medidas adoptadas para la aplicación de estas Directivas en su legislación nacional (la fecha límite era el 19 de Julio de 2010).

7) Para finalizar este epígrafe, nos queda por mencionar la Comunicación de la Comisión “sobre la creación de un espacio ferroviario europeo único”²²⁶, la cual en su Introducción explica el contexto actual y evolución reciente del transporte por ferrocarril en la Unión, también influenciado por la crisis financiera²²⁷. A modo de resumen recojo literalmente, por su claridad expositiva y global, algunos párrafos de dicha Comunicación.

Tras un largo período de declive, el sector ferroviario europeo ha logrado desde 2000 aumentar el número de viajeros y los volúmenes de mercancías transportados y estabilizar su cuota de mercado... La seguridad también ha registrado una mejora significativa... Pese a estas tendencias, no fue posible aumentar la cuota global de mercado del transporte de mercancías y viajeros por ferrocarril, y cumplir así los objetivos del Libro Blanco de 2001 sobre la política de transportes. Además, la cuota de mercado de las empresas ferroviarias históricas y de las nuevas empresas del sector pone de manifiesto que han tardado en concretarse los efectos previstos de la apertura del mercado. Si bien es cierto que la cuota de mercado de los operadores no tradicionales de transporte de mercancías por ferrocarril rebasaron el 40 % en tres Estados miembros (Rumanía, Reino Unido y Estonia) a finales de 2008, siguen existiendo posiciones de

²²⁶ COM(2010) 474 final, Bruselas, 17.9.2010. En la misma fecha también se propone la Directiva del PE y Consejo “por la que se establece un espacio ferroviario único” [COM(2010)475 final], cuyo fin de la refundición del primer paquete ferroviario y consecuentemente, la simplificación de la legislación.

²²⁷ “Los datos correspondientes a 2008 muestran un declive del 2 % aproximadamente en el transporte de mercancías, sin distinción de modos de transporte, y se debe ante todo al estallido de la crisis económica en el segundo semestre de ese año. En el transporte de pasajeros, el ferrocarril llegó a ganar un poco de terreno, debido sobre todo al tráfico de alta velocidad, que registró un crecimiento superior a la media. Los acontecimientos de 2008 no parecieron afectar al reparto modal del transporte de mercancías, pero el transporte de mercancías por ferrocarril sí registró una reducción de actividad un poco mayor que los demás modos de transporte durante el empeoramiento de la crisis económica en 2009. Así pues, es probable que la cuota de mercado del transporte de mercancías por ferrocarril haya disminuido a corto plazo. El transporte de pasajeros también registró una disminución en 2009, en particular los viajes de negocios, pero el ferrocarril no sufrió mucho más que los demás modos de transporte. El clima actual de crisis puso de manifiesto algunas debilidades estructurales del mercado ferroviario y aceleró la consolidación de este sector, con la adquisición por los operadores históricos de varias nuevas empresas de transporte de mercancías en 2008 y 2009.” En el punto 1.2 de la Comunicación cit. supra.

monopolio en varios Estados miembros, tanto en el transporte de mercancías como en el de pasajeros. En los países en que la apertura del mercado fue más rápida y las nuevas empresas adquirieron mayores cuotas de mercado, suele observarse que el mercado del transporte de mercancías es más estable...Sin embargo, los problemas cualitativos (especialmente en materia de fiabilidad) impiden al sector ferroviario mantener su posición actual en el sistema de transporte de la UE, y aún menos mejorarla, pese a su potencial de crecimiento ante las obligaciones crecientes en materia de medio ambiente, el éxito del transporte de mercancías por ferrocarril en otras partes del mundo y la demanda de los ciudadanos y de los transportistas, que parecen reclamar un mayor uso del transporte ferroviario.

IV. LA EXPERIENCIA BRITÁNICA²²⁸

Como hemos visto en este capítulo, es el Reino Unido el país más avanzado de Europa en el grado de apertura a la competencia de su sector ferroviario. Es además el único país que tiene privatizadas tanto la gestión de la infraestructura como la prestación de los servicios de transporte ferroviario, así como el suministro de la locomoción y el material rodante. Por esta razón, nos parece oportuno dedicarle un pequeño análisis con el fin de ver las ventajas y desventajas de la apertura de este sector a la competencia al ser el país con mayor progresión liberalizadora.

1. EL PASADO DEL FERROCARRIL BRITÁNICO

En general, la industria ferroviaria surgió y evolucionó a lo largo del siglo XIX casi exclusivamente a partir de pequeñas compañías privadas que se consolidaron o fusionaron a lo largo del tiempo, como así sucedió también en Reino Unido. En la mayoría de los países, los gobiernos nacionales o locales, poco a poco, se hicieron cargo finalmente de los ferrocarriles, gestionándolos como servicio público²²⁹.

Sin embargo, la tendencia se ha dado a la inversa en los últimos 20 años, en que la mayoría de las naciones han desnacionalizado sus sistemas ferroviarios o han logrado que se asienten sobre una base comercial, de este modo surgiendo la competencia entre compañías ferroviarias privadas que usan líneas de propiedad del estado. En Europa tal

²²⁸ Este capítulo está basado principalmente en la exposición de GLAISTER, S.: con el significativo título “Competition destroyed by politics: British Rail privatisation” en la *Conferencia sobre la Competencia en la Industria Ferroviaria, patrocinada por la Fundación Rafael del Pino*, Madrid, 16 y 17 de septiembre de 2004.

²²⁹ Una excepción importante fue Estados Unidos.

fenómeno ha sido impulsado por la Comisión Europea a través de los paquetes ferroviarios y su política de liberalización del mercado ferroviario.

Centrándonos en la evolución británica, a través de diversas medidas políticas a lo largo del tiempo, el sistema ferroviario fue concentrándose en manos públicas para en 1997 ser privatizado (siguiendo la estructura organizativa dictada por el Railways Act de 1993). El ejemplo británico nos ayuda a entender las razones que llevan a pasar de un sistema privatizado a un régimen público y, de ahí otra vez, a las tendencias privatizadoras de los años 90. Al haber sido un país pionero, no sólo en la privatización de su sistema ferroviario sino también en la separación vertical²³⁰ de la gestión de la red de ferrocarril de la operativa de los trenes, nos puede aportar una valiosa experiencia al resto de los países europeos inmersos de lleno en la mencionada política comunitaria de liberalización del ferrocarril.

Efectivamente, desde el surgimiento del ferrocarril²³¹ a principios del siglo XIX hasta la 1ª Guerra Mundial, el ferrocarril británico se va forjando por empresas privadas que pronto se consolidan en base a la libre competencia dando lugar a oligopolios. De este modo, durante esos años la única preocupación del Gobierno fue la defensa de una competencia no discriminatoria entre empresas y de los derechos de los pasajeros en contra de la posición monopolística u oligopolista de la que disfrutaba el ferrocarril sobre el resto de los modos de transporte. Sin embargo, desde esas mismas fechas el Gobierno empieza a limitar la flexibilidad comercial de estas compañías. Así por ejemplo, las compañías ferroviarias no podían establecer sus tarifas en base a criterios puramente comerciales y, tampoco podían negarse a llevar a cabo tráficos que de otro modo no realizarían²³² por no ser rentables comercialmente.

²³⁰ Esta separación vertical consiste en que la gestión y propiedad de la red de infraestructuras viarias, es decir, vías, estaciones e instalaciones, sea a cargo del Estado, mientras que el negocio de la operativa de los trenes pertenece a las empresas privadas que se encargan de hacer funcionar esos trenes. Este es el modelo que, con variantes, proponen las Directiva comunitarias. El modelo inglés llega aún más lejos introduciendo la privatización de las empresas públicas, o cuanto menos, que éstas últimas se rijan por criterios comerciales o incluso la subcontratación de partes del negocio a empresas privadas; al respecto véase el Anexo 13: '*Rail market opening score (2008)*' del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: '*Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*', [SEC(2009) 1687].

²³¹ El sistema ferroviario en Gran Bretaña es el más antiguo del mundo, con la apertura al público del primer trayecto ferroviario (con uso de locomotora) en 1825.

²³² Ambas medidas se recogen en el Railway and Canal Traffic Act de 1854. Otras medidas se recogen en los Railway and Canal Traffic Acts de 1888 y 1894, en los que las compañías han de fijar tarifas máximas que no pueden elevarse sin permiso de la Comisión de Ferrocarril y Canales, lo que era muy difícil de conseguir.

La conjunción de más de medio siglo de primacía monopolística del ferrocarril sobre el resto de los modos de transporte junto con una cada vez mayor intervención gubernamental tendente a paliar cualquier iniciativa comercial dejó al ferrocarril muy mal preparado para afrontar la competencia del transporte por carretera que empieza a surgir tras la 1ª Guerra Mundial. En general, este es el panorama que afronta el ferrocarril también en el resto de los países europeos cuando empieza a surgir la competencia del transporte por carretera.

Asimismo, durante las dos guerras mundiales el gobierno tomó control directo sobre todo el sistema ferroviario. Posteriormente, la cuestión que se planteó era si volver a poner el ferrocarril en manos privadas, especialmente porque durante la 1ª Guerra Mundial el control gubernamental consiguió ahorrar costes a través de la coordinación y los acuerdos de financiación conjunta con las empresas ferroviarias. Parecía desaconsejable volver al panorama de pre-guerra, donde coexistían 130 líneas y 21 grandes compañías. Entonces, se crearon cuatro regiones territoriales, dando prácticamente un monopolio territorial a cada una de las cuatro compañías históricas que dominaban dichas líneas. La fijación de las tarifas, sin embargo, quedaba en manos gubernamentales, lo que dejaba pocos incentivos a las compañías para incrementar su eficiencia o mejorar sus servicios, y una vez más, en consecuencia, las situaba en desventaja con respecto al transporte por carretera.

Respecto al transporte de carga, las tarifas se determinaban en base a un valor dependiente del peso que implicaba menor precio cuanto mayor el peso y por tanto, tarifas más altas para mercancía ya manufacturada y de mayor valor, con la consecuencia de que era ventajoso la utilización del ferrocarril sobre la carretera para la mercancía a granel pesada que se movía a grandes distancias. Por desgracia, la industria pesada empezaba a estar en declive y la geografía británica no tiene distancias muy largas²³³.

²³³ Los recortes de *Beeching* en los 60 suprimieron 5.000 millas de rutas con pérdidas en la red ferroviaria. Tal reducción en el tamaño de la red se ha visto acentuada por la desaparición gradual de muchos enclaves privados, al abandonarse los enclaves existentes y al realojarse plantas fabriles a sitios accesibles a la red principal de carreteras. La consecuencia es la reducción de la habilidad del ferrocarril de competir efectivamente con la carretera, ya que menos lugares pueden servirse directamente por el ferrocarril. Ante la ausencia de un servicio directo, la necesidad de intercambios ferrocarril a carretera al final de cada ruta ferroviaria del viaje reduce el atractivo del ferrocarril comparado con el transporte en camión, el cual puede ofrecer un servicio puerta a puerta. NERA, "The market for rail freight", sept. 1997, pp. 15, 45 a 47.

Tras la 2ª Guerra Mundial se crea la Comisión de Transporte Británica²³⁴, que se divide en partes ejecutivas correspondiendo a las siguientes divisiones: ferrocarriles, canales, transporte por carretera y transporte de Londres. Su objetivo era la creación de un sistema de transporte integrado que operaría sin ánimo de lucro bajo el principio de servicio público al menor coste posible. Para ello, el control financiero quedó en manos de la propia Comisión de Transporte sin dividirse entre las distintas divisiones ejecutivas, como hubiera sido lo lógico. Y ahí radica el problema porque se perpetuó una vez más la práctica de financiación cruzada, es decir, aquellas partes del negocio que tienen pérdidas se financian con aquéllas que tienen ganancias e incluso a través de diferentes años financieros. En consecuencia, el negocio que funcionaba mal seguía funcionando mal porque el gobierno lo sustentaba económicamente, por tanto, se eliminaba el incentivo de mejora que conlleva un mercado competitivo en el que la empresa que no es eficiente es expulsada del mercado. En última instancia, era el ciudadano a través de sus impuestos el que financiaba la mala gestión del ferrocarril.

La exigencia citada que obligaba al ferrocarril a no poder negarse a transportar tipos de carga no productivos comercialmente²³⁵ tuvo como resultado el que los fabricantes sacaran provecho de la estructura tarifaria establecida, de modo que acabó por consolidarse la práctica de enviar por carretera la carga más frágil y valiosa en sus propios camiones y, enviar la carga más laboriosa y pesada por ferrocarril por ser más barato al transportarse más cantidad y volumen.

En 1962 la Comisión de Transporte Británica se reconstituyó como una compañía pública independiente, a la que se llamó Asociación de Ferrocarriles Británicos (*British Railways Board*). Aunque permaneció en el sector público, introdujo más libertad comercial para las empresas ferroviarias y ya no se las obligaba (a no poder negarse) a transportar cualquier tipo de carga; además sus tarifas ya no tenían que ser autorizadas.

Entre 1979 y 1997 la tendencia es, en contraposición, a la inversa, hacia la privatización y el no intervencionismo regulatorio. Se hace hincapié en los beneficios que aportan las políticas comerciales y competitivas, volviendo la mayoría de las industrias de transporte a manos privadas.

²³⁴ La *British Transport Commission* (BTC) se crea por el Transport Act de 1947.

²³⁵ Véase nota al pie 221.

A principios de los años 90, tras la privatización de las telecomunicaciones, el gas, agua y electricidad, así como el transporte por autobús, las tendencias privatizadoras situaron al ferrocarril en el punto de mira. En aquel momento el sistema ferroviario estaba en manos de *British Rail*, siendo la típica industria nacionalizada que constituye un monopolio tradicional. El modelo elegido de privatización es la división de *British Rail* en partes basadas en criterios geográficos como se hizo históricamente tras la 1ª Guerra Mundial.

2. ESTRUCTURA DE LA PRIVATIZACIÓN BRITÁNICA

En 1997 se finaliza el proceso privatizador, cuyo objetivo era la reducción de costes al mismo tiempo que pretendía atraer a nuevos usuarios a través de la introducción de una competitividad basada en criterios comerciales y de calidad. El marco general resultante se estructuró del siguiente modo:

- Para pasajeros: es realizado por operadores de trenes de titularidad privada (TOCs o '*Train Operating Companies*'), que compiten ('por el mercado') licitando a 25 contratos para grupos específicos de pasajeros; contratos a los que se les llama "franquicias".
- El negocio del transporte de carga se vendió a seis compañías privadas (FOCs o '*Freight Operating Companies*')²³⁶, que compiten 'en el mercado'.
- Se crean tres compañías de alquiler de maquinaria ferroviaria (locomotoras y vagones) que gestionan la maquinaria existente y la nueva en base a criterios comerciales, facilitando así el acceso a los nuevos operadores. Estas tres ROSCOs ('*Rolling Stock Leasing Companies*') son *Angel Trains*, *Porterbrook Leasing*, y *Eversholt Trains* (más tarde *HSBC Rail*), a las que les fueron asignadas todos los coches de pasajeros, locomotoras y unidades múltiples de *British Rail*. Las locomotoras y vagones de carga pertenecían a los operadores de carga.

²³⁶ Que incluían tres operadores geográficos de trenes de carga (*Mainline Freight* en el sur-este, *Load-Haul* en el nor-este, y *Trans-Rail* en el oeste), *Railfreight Distribution* (trenes internacionales y de carga por vagón), *Freightliner* (UK) (trenes de contenedores) y *Rail Express Systems* (trenes de correos y paquetes).

- El gestor de la infraestructura, *Railtrack*, a quien pertenecía la señalización y la infraestructura fija²³⁷ y que era una compañía privada de accionistas, se mantuvo como un monopolio regulado²³⁸ al servicio de la red ferroviaria. A Railtrack se le hizo responsable del establecimiento central de los horarios y coordinación de todos los movimientos de los trenes, señalización y planificación de la inversión en infraestructura. También se le hizo responsable de la seguridad en la operativa de la red bajo la supervisión del “Ejecutivo de Salud y Seguridad” (*Health and Safety Executive*)²³⁹.
- Los servicios de ingeniería para el mantenimiento, renovación y mejora de la infraestructura se vendieron al sector privado y, por tanto, a partir de entonces habrían de subcontratarse²⁴⁰. En 2004 el mantenimiento de la infraestructura, se devolvió a *Network Rail*, pero la renovación de la red viaria permaneció en subcontratación al sector privado.

Una figura muy importante a poner de relieve al objeto de este trabajo es el Regulador ferroviario, en su denominación actual: *Office of the Rail Regulator* (ORR), y ello porque es una figura que también se crea en el proceso liberalizador del ferrocarril en la Unión Europea. El Regulador en el contexto británico se creó con la estructura de la privatización²⁴¹ y puede verse como precursor del Regulador que establece como de preceptiva creación en cada país la Directiva 2001/12 (art. 10-7º), así como la Directiva 2001/14 (arts. 30 y 31)²⁴².

²³⁷ La infraestructura fija incluye, aparte del tendido de la red, estaciones, terrenos del sistema ferroviario, edificios, instalaciones y depósitos de mantenimiento, muchos de los cuales fueron alquilados a los operadores.

²³⁸ Railtrack se establece en 1994 como una división interna de *British Rail*, y más tarde en 1995 se convierte en una compañía de propiedad gubernamental, es decir, una compañía con una estructura directiva y contable de criterios comerciales, pero en la que todas las acciones son de propiedad del Gobierno. Finalmente, las acciones empiezan a venderse en 1996.

²³⁹ Asimismo, la sección 4 del “The Railways Act 1993” establece una función estatutaria para el Regulador Ferroviario, el cual en el ejercicio de sus funciones ha de tener en cuenta las directrices del *Health and Safety Executive* (HSE) sobre la labor de seguridad. Sin embargo, el Libro Blanco, “El futuro del Ferrocarril”, publicado en Julio de 2004, incluyó la transferencia de la regulación sobre la responsabilidad en la seguridad en la operativa del ferrocarril del HSE al Regulador Ferroviario (ORR). Este es uno de los cambios que establece “The Railways Act 2005” que requería legislación primaria. La ORR asumió sus nuevas responsabilidades como un Regulador económico y de la seguridad en el primer cuarto trimestre del 2006.

²⁴⁰ Es importante resaltar en este punto que el trabajo de ingeniería de reparaciones, mantenimiento y mejora es el de mayor gasto en el que incurre una compañía que gestiona la infraestructura ferroviaria.

²⁴¹ La creación de la Oficina de Regulación Ferroviaria (ORR) fue creada en el verano de 2004, sustituyendo al anterior *Rail Regulator* o Regulador Ferroviario, y ampliándose sus funciones.

²⁴² La principal tarea que establecen las Directivas para el Regulador es garantizar el acceso justo y no discriminatorio a la red de infraestructuras y servicios ferroviarios.

Dicho Regulador ferroviario tiene funciones legalmente establecidas²⁴³ en las siguientes áreas:

- determina el dinero que el gestor de la infraestructura puede gastar para cumplir los objetivos fijados por el Gobierno;
- hace cumplir la legislación de seguridad para el ferrocarril y desarrolla el marco regulatorio de seguridad para promocionar a la vez una mayor eficiencia y seguridad creciente;
- ostenta la concesión, vigilancia y control de licencias para operar en el sistema ferroviario;
- la aprobación de los acuerdos de acceso entre los propietarios de las instalaciones ferroviarias y los usuarios de las mismas;
- le corresponde la vigilancia del Derecho de la competencia doméstico²⁴⁴;
- la aprobación de los cierres de líneas ferroviarias;
- provee información, consejo y asistencia al Secretario de Estado y a los Ministros;
- el desarrollo de una red de información, ya que el ORR actúa como un único depositario de los datos de la industria ferroviaria.

En el ejercicio de sus funciones, el Regulador ha de fomentar la competitividad con el objetivo de generar eficiencia y ahorro de costes. En el ejercicio de esta labor, el fin último es la protección de los intereses tanto de los proveedores de los servicios ferroviarios como de sus usuarios. Asimismo el Regulador ha de promover el desarrollo y uso de la red, y por último, asegurar que el gestor de la red pueda financiar sus actividades con el establecimiento del marco financiero en el que ha de operar y a través de la revisión de las tarifas de acceso a la red. Todos estos objetivos regulatorios han de surgir como consecuencia natural de una competencia leal y eficiente. Sin embargo, más importante aún es el principio que guía su hacer, que es llevar a cabo sus decisiones de acuerdo con los deberes del interés público, como por ejemplo, el uso del ticket único para beneficio del público.

²⁴³ El Regulador Ferroviario británico obtiene sus competencias estatutarias por “The Railways Act 1993” (modificado por “the Transport Act 2002”, y posteriormente modificado por “the Railways and Transport Safety Act 2003” y “The Railways Act 2005”).

²⁴⁴ En relación con el control del abastecimiento monopolístico de los servicios de red, el Regulador tiene jurisdicción concurrente con el Director General de Competencia Leal (Director General of Fair Trading).

La defensa del interés público va más allá de lo puramente material. Como se ha dicho anteriormente, Railtrack se creó como una compañía privada por acciones, siendo su principal fuente de recursos las tarifas de acceso que pagan por el uso de la red las compañías operadoras de pasajeros (franquicias) y, los operadores de trenes de pasajeros y de carga de acceso abierto²⁴⁵, por lo tanto son objetivos comerciales los que guían sus principios. Sin embargo, al ser la red de ferrocarril una instalación o recurso esencial²⁴⁶ y, por tanto, al estar determinada su gestión por un monopolio, se ve sujeta a la regulación del interés público a través de la entidad que tiene a su cargo la defensa del mismo, esto es, el Regulador Ferroviario o el ORR. A través de la aprobación y revisión de las tarifas de acceso a la red se permite al Regulador Ferroviario la búsqueda del interés público.

El diseño de este sistema se basa en que, por un lado, tenemos un gestor de infraestructura privado y su gestión está basada en principios comerciales, quien al ser el único propietario de la red, debe dar acceso en igualdad de condiciones a todos los competidores y garantizar servicios públicos; y, por otro lado, tenemos al Regulador Ferroviario, cuya función estatutaria de garantía de la competencia leal debe verse acompañada de la búsqueda del interés público, y por lo tanto, en última instancia, vigila al gestor de la infraestructura a través de la llave de la regulación económica, la aprobación de tarifas de acceso a la red²⁴⁷.

De hecho, como hemos visto, el Regulador tiene en última instancia el control de las tarifas por el uso de cualquier activo en el sistema ferroviario, a través de la aprobación de licencias y acuerdos con las compañías operadoras, así como de las revisiones periódicas de tarifas.

²⁴⁵ Es decir las compañías que no licitan por sus contratos de operación de trenes, sino que son propietarias del negocio. Los servicios de pasajeros de acceso abierto son los operados sin un acuerdo de franquicia y únicamente requieren de una licencia (emitida por el ORR) y acuerdos de acceso (que requieren la aprobación de el ORR), pero no reciben ningún subsidio. Si lo reciben las compañías que obtienen franquicia.

²⁴⁶ La red de vías es una instalación esencial, puesto que los trenes solo pueden operar sus servicios sobre una vía, que generalmente es única en los países, y que al serlo es gestionada por una sola empresa, que generalmente adopta la forma de monopolio nacional. Volveremos sobre la Doctrina de las “essential facilities”.

²⁴⁷ En Economía cuando se pretende aplicar una determinada política se acude a la regulación económica a través del precio. La adopción de medidas sobre el precio conduce el comportamiento hacia un específico objetivo o política económica. A su vez, la aplicación de un determinado precio tiene unas consecuencias que vienen a constituir señales sobre el éxito u oportunidad de una determinada política económica.

Sin embargo, el Regulador no tiene potestad para regular las tarifas (finales) de pasajeros, ni para regular los contratos entre el gestor de la infraestructura y los proveedores de los servicios de ingeniería²⁴⁸ ni tampoco los acuerdos de alquiler de la maquinaria rodante ni de las estaciones.

Otra entidad que surgió en la privatización fue la “Office of Passenger Rail Franchising” (OPRAF), después llamada la “Autoridad Estratégica del Ferrocarril” (*the Strategic Rail Authority* (SRA)). A cargo de la gestión de las subvenciones públicas, pero manteniendo incentivos comerciales en su función de definir los términos de las franquicias del negocio de los pasajeros en los procedimientos de licitación. Uno de sus logros ha sido la publicación de informes anuales en los que se identifica el dinero público gastado en subsidios concedidos a las compañías operadoras de trenes. En existencia desde 2001, por el Railways Act 2005 la SRA es desmantelada²⁴⁹ el 1 de Diciembre de 2006. Sus funciones son transferidas al Grupo Ferroviario del Departamento de Transporte, otras de sus funciones a *Network Rail* y algunas otras a la *Office of Rail Regulation*, del siguiente modo:

- *Network Rail* toma el papel de la SRA en el desarrollo de las “Estrategias de Utilización de Rutas” (esencialmente valoración a medio plazo de la demanda potencial de servicios ferroviarios de pasajeros y carga en diferentes partes de la red y las opciones para cubrir esas demandas, incluyendo un uso más efectivo de la red existente). Lo que, combinado con una nueva responsabilidad general sobre el rendimiento de la red, cambia en mucho el papel de *Network Rail*, y la dinámica de sus relaciones con las empresas operadoras de trenes²⁵⁰.
- La transferencia al Departamento de Transporte (DfT) de sus responsabilidades para el otorgamiento de franquicias y la monitorización de cómo se gestionan dichas franquicias, así como la responsabilidad para emprender proyectos mayores, tales como la instauración del tren de alta velocidad y la introducción

²⁴⁸ No hay que olvidar, como ya se ha mencionado antes, que la mayor parte del gasto de un gestor de infraestructura son los servicios de ingeniería.

²⁴⁹ Un cambio fundamental ha sido abolir la Autoridad de Estrategia Ferroviaria (Strategic Rail Authority (SRA)), que fue unicamente creada por el Transport Act 2000, para reemplazar la anterior *Office of Passenger Rail Franchising* (OPRAF), por la simple razón de que el desarrollo de una estrategia en el sector ferroviario es un papel clave del Gobierno central y no puede constituir una función delegada. Obviamente, sin comprometer la independencia de los reguladores a la hora de determinar los objetivos de la regulación.

²⁵⁰ Por ejemplo, ¿qué podría evitar que *Network Rail* cumpla su función de forma que minimice sus propios costes, en contra de dar un mejor servicio a los operadores del ferrocarril?

del nuevo “Sistema de Gestión del Tráfico ferroviario Europeo” (ERTMS). Si bien es cierto que estos cambios son administrativamente convenientes, también plantean cuestiones como la necesidad de que el otorgamiento de franquicias y su monitorización se vea libre de influencia política, si se quiere que las compañías privadas continúen participando en la provisión de servicios ferroviarios a través de estos acuerdos de franquicia. Asimismo, la historia de las industrias nacionalizadas nos muestra que los funcionarios no están en la mejor posición para tomar decisiones de inversión en proyectos mayores²⁵¹.

El fenómeno privatizador ha sido ventajoso para el negocio de carga por ferrocarril. Proceso que se dejó libre a las fuerzas de mercado en vez de verse inmerso en cambios estructurales o procesos regulatorios. La carga por ferrocarril ha mejorado significativamente su rendimiento, productividad, eficiencia, servicio al cliente e innovación, tanto en la naturaleza de los servicios ofrecidos como en los métodos para la prestación de tales servicios. A partir de 2004 la industria de carga por ferrocarril ha aumentado sus movimientos en un 50% respecto a los últimos diez años, terminando así con cuatro décadas de declive²⁵², y ha aumentado su porcentaje de mercado a un 11.5% del transporte terrestre.

Sin embargo, ha de reconocerse que aún existen algunas carencias. Las tarifas de acceso para transporte de carga no compensan los costes externos que el mismo causa. Tales tarifas se establecieron en un principio para cubrir únicamente costes variables que se estimaron modestos, pues su objetivo era el de maximizar las oportunidades del desarrollo viable de la carga por ferrocarril y, asumiendo que la mayor parte de la infraestructura ferroviaria se mantiene primordialmente en beneficio del transporte de pasajeros. Pronto quedó probado por las señales que daban estas políticas tarifarias que tales precios no eran capaces de permitir un uso eficiente de la red. Así, primero, como consecuencia del aumento del volumen de carga más pesada, se hizo obvio que el coste de desgaste de fricción de la vía por el peso era mucho mayor que en un principio se

²⁵¹ En opinión de GLAISTER, S. en “Competition destroyed by politics: British Rail privatisation” en *Conferencia sobre la Competencia en la Industria Ferroviaria, patrocinada por la Fundación Rafael del Pino*, Madrid, 16 y 17 de septiembre de 2004.

²⁵² Véase el informe de la *Strategic Rail Authority* (SRA) de 2004. También la *Office for National Statistics* publica en <http://www.statistics.gov.uk/CCI/nscl.asp?ID=8002>, lo siguiente: que el transporte de carga en las carreteras ha aumentado en los últimos 20 años un 60 por ciento alcanzando 158 billones/tonelada/kilómetros en 2000. La cantidad de mercancía transportada por ferrocarril, 18 billones/tonelada/kilómetros en 2000, es casi la misma que en 1980; sin embargo, cayó a 13 billones/tonelada/kilómetros en 1995, y ha estado aumentando desde entonces. El aumento en el transporte de carga refleja un aumento en la distancia viajada más que en la cantidad de la mercancía transportada.

pensó; en segundo lugar, la red empezó a congestionarse al no haber reflejado las tarifas los costes a largo plazo de la capacidad que puede soportar la red, lo que implicó el racionamiento del tráfico en detrimento de la carga favoreciendo los servicios de transporte de pasajeros.

Asimismo, a pesar de haberse incurrido en el gasto del establecimiento de tres estructuras empresariales separadas correspondientes a las tres áreas geográficas de trenes de carga, el 24 de Febrero de 1996 se vendieron las tres a "North & South Railways", una subsidiaria de *American Wisconsin Central Railroad*, que pronto se pasaría a llamar 'English, Welsh and Scottish Railway' o EWS, que también adquirió *Rail Express Systems*, *Railfreight Distribution* y *National Power*. Deutsche Bahn compró EWS en 2007 y, por ello, es de propiedad estatal germana. En la actualidad existen ocho compañías operadoras de carga, incluyendo EWS, que son Freightliner (UK), Direct Rail Services, GB Railfreight, Fastline, Vicat-Westlink Rail, Amec-Spie Rail y Advenza Freight.

Después del panorama descrito, se puede llegar a la conclusión de que la privatización se formuló con el fin de hacer al sistema ferroviario una industria rentable y eficiente. Si bien funcionó al principio, la situación ahora es incluso peor que antes del comienzo del proceso privatizador, con la excepción del negocio del transporte de carga. Analicemos algunas de las razones²⁵³.

Como hemos visto, antes del fenómeno privatizador las rutas ferroviarias rentables se usaban para financiar (subvención cruzada²⁵⁴) las partes del sistema ferroviario que

²⁵³ Siguiendo a Chris Bolt, los resultados de la privatización fueron:

- un sistema de regulación y una estructura contractual, que impide al Gobierno un control directo del nivel de financiación con fondos públicos;
- una estructura del sector público compleja y confusa, con muchas responsabilidades duplicadas y falta de liderazgo claro de su estrategia;
- una estructura del sector privado ultra-compleja, en la que a menudo el Gobierno está alejado del impacto de las decisiones que el mismo toma;
- una relación entre las compañías de gestión de la infraestructura con las de operación de trenes basada en falsos incentivos de mercado, que en muchos casos no reflejan las necesidades de los clientes;
- falta de liderazgo operacional en el sector privado, sin que nadie sea claramente responsable de que se produzca un mejor rendimiento y predictibilidad.

Además, como consecuencia, de la privatización llevada a cabo a principios de la década de 1990, surge una falta de inversión en la infraestructura. BOLT, C. (Chairman of the Office of Rail Regulation) en "Developing the framework of rail regulation", Beesley regulation lecture de 15 Noviembre de 2005.

²⁵⁴ Normalmente los beneficios de un negocio se utilizan para reinvertir en el mismo negocio y mejorarlo. Sin embargo, se habla de subvención cruzada cuando los beneficios de un negocio o parte de él se usan para financiar las pérdidas de otras partes del negocio, en este caso, del sistema ferroviario, lo que lleva a un empobrecimiento incluso del negocio que es rentable porque no se sigue invirtiendo en él.

perdían dinero. La libre competencia que conllevaba la privatización habría eliminado esta financiación monopolística cerrando las partes antieconómicas e invirtiendo en las rentables. Por el contrario, debido a que el gobierno se había comprometido a no permitir que la privatización condujera a la reducción o eliminación de ningún servicio, la consecuencia fue que se subvencionó directamente con los impuestos las carencias del sistema y por tanto, éstos aumentaron sustancialmente. En pocas palabras, no se dejó a la privatización que funcionara con sus ventajas de eficiencia que traería la libre competencia y que no se generaron por el uso fácil y recurrente por parte del Gobierno de los fondos públicos.

Otro de los problemas que se plantearon fue en relación con el establecimiento de un régimen tarifario deficiente que no fue capaz de reflejar la capacidad a largo plazo del sistema. Cuando se llevó a cabo la privatización, la industria ferroviaria había estado en declive durante años, por lo que había capacidad en la red de sobra, siendo el objetivo en aquel momento la reducción de los subsidios y frenar su declive. De este modo, el régimen tarifario de acceso a la infraestructura se diseñó para permitir que se fueran añadiendo nuevos servicios con pequeños incrementos del coste. Este incentivo a través de una tarifa establecida con un objetivo a corto plazo, resultó en que Railtrack acabó vendiendo y acomodando muchos más trenes de los que los criterios de eficiencia aconsejaban, especialmente porque ni Railtrack ni las compañías operadoras tampoco tenían que pagar a través de esas tarifas por las externalidades que imponían en el resto. Así, los atascos empezaron a interferir en la fiabilidad y puntualidad de los trenes, y por tanto en su eficiencia.

Al mismo tiempo, Railtrack no estaba invirtiendo lo suficiente para mantener con calidad la red en su obsesión de reducir la carga impositiva del ferrocarril. Tal situación acabó afectando la operabilidad de los trenes y en algunos casos, llevó a dificultades financieras a algunas compañías operadoras, lo que una vez más se solucionó con la subvención gubernamental.

Para agravar aún más las cosas, Railtrack entró en un acuerdo enormemente arriesgado con Virgin para renovar la infraestructura de la principal línea de la costa Oeste (*the West Coast Main Line*) más allá de lo que se previó en el proyecto original de reconstrucción. Al final, el proyecto tardó demasiado en llevarse a cabo, principalmente por una previsión optimista a la baja de los costes de ingeniería y por los muchos cambios en las especificaciones del proyecto que se realizaron, especialmente por

adaptarlas a los nuevos estándares que la UE requería en el nuevo sistema electrónico de señalización.

No debemos de olvidar tampoco la gran complejidad de un sistema ferroviario, en el que han de funcionar elementos de todo tipo, maquinaria crítica en cuanto a la seguridad, pesada y de larga duración. Todos estos elementos han de funcionar en un sistema que es por su naturaleza altamente interdependiente, si un elemento del sistema falla puede provocar una reacción a lo largo de una parte significativa del sistema. En consecuencia, en la gestión de un sistema ferroviario, no sólo se necesitan servicios de ingeniería, sino también la experiencia de haber gestionado el mismo sistema durante años porque sólo así se conocen las carencias o puntos débiles de tal sistema. Sin embargo, especialmente en los años 1999 y 2000, la compañía de infraestructura perdió muchos de sus ingenieros más experimentados²⁵⁵.

En consecuencia, la falta de conocimiento de la cantidad y las condiciones de calidad de sus activos por parte de Railtrack contribuyó junto con otros factores a no invertir lo suficiente en el mantenimiento y renovación de los mismos, ya que era difícil que Railtrack supiera cuánto gastar o cómo gastarlo si ni siquiera sabía ni lo que tenía ni en qué condiciones. Además esta misma falta de conocimiento contribuyó a una incertidumbre a la hora de establecer las tarifas de acceso, puesto que las mismas deben ir en función del estado de la red.

La última gota que colmó el vaso fueron una serie de accidentes importantes: uno en 1997 en Southall, en el cual murieron siete personas y, el otro en 1999 en Ladbroke Grove, en el cual murieron treinta y una personas. En ambos accidentes los trenes no pararon en las señales rojas. Pero el accidente que causó un gran sensacionalismo mediático fue el ocurrido en octubre de 2001 en Hatfield. Un tren que viajaba a plena velocidad descarriló debido a un rail deteriorado. Murieron cuatro personas. En la investigación llevada a cabo se puso al descubierto rápidamente que el tramo de vía en cuestión había ya mostrado grietas sintomáticas antes del accidente. Junto con otro accidente, el de Potters Bar en 2002, la confianza en la seguridad del ferrocarril quedó seriamente minada. Un total de 48 personas murieron y 820 resultaron heridas en estos accidentes. El incidente Grayrigg en 2007 resultó en la muerte de una persona cuando un Virgin Pendolino descarriló en una serie de puntos que adolecían de mal

²⁵⁵ Véase informe de la *National Audit Office*, 2004a, párr. 2.

mantenimiento, colisionando y desplomándose en un terraplén – exactamente la misma causa que en la tragedia de Potters Bar.

La respuesta de Railtrack no pudo ser peor. Impuso límites muy restrictivos de la velocidad que causaron muchas cancelaciones, lo que destruyó el servicio ferroviario y el negocio de las compañías operadoras. Railtrack perdió ingresos y se le impusieron penalizaciones financieras por no ser capaz de vender accesos a las compañías operadoras, lo que condujo a un declive catastrófico en el sector de pasajeros.

Así, Railtrack pronto entró en serias dificultades financieras como resultado del accidente de Hatfield, al que sucedió un programa de emergencia de cambio de railes, el cual era poco realista, ambicioso y caro, sin olvidar los continuos aumentos en los costes de la West Coast Main Line, mencionada antes. El 7 octubre de 2001, el Secretario de Estado para el Transporte (Ministro de Transporte) le quitó la dirección a Railtrack. Al año siguiente se permitió a *Network Rail* adquirir los activos de Railtrack, aunque no se sacaron a concurso para que la empresa tuviera el derecho a su adquisición.

3. NETWORK RAIL

Network Rail se estableció como una compañía limitada por garantía (*Company Limited by Guarantee*), nominalmente en el sector privado pero compuesta por miembros en vez de accionistas, aunque su financiación quedaba garantizada por el gobierno. Es dirigida por un ejecutivo que rinde cuentas a cerca de ciento veinte miembros, cada uno de los cuales es elegido para representar uno de un gran número de intereses públicos y privados, que incluyen operadores de trenes, empleados de ferrocarril y pasajeros.

Esta reestructuración de Railtrack en Network Rail cambió poco, sobre todo si consideramos a Network Rail como una compañía privada pero sin ninguna disciplina de sector privado, simplemente establecida para borrar el enorme coste de la infraestructura ferroviaria de la hoja de balances del Gobierno²⁵⁶. De hecho, si bien la renacionalización habría sido bien acogida por el público en general, fue siempre descartada por el Tesoro Público en razón de su coste y, particularmente, porque habría puesto toda la deuda de Network Rail en los Presupuestos del Estado. Por tanto, si la renacionalización fue descartada, entonces el Gobierno se vió obligado a preservar la

²⁵⁶ Según la opinión del *Parliamentary Select Committee* (2004 parr. 13).

mayoría de la estructura existente. La determinación del Gobierno de mantener a Network Rail en el sector privado y de mantener su deuda fuera de los presupuestos públicos, junto con su renuencia a aprobar un aumento suficiente en las tarifas de acceso que le permitiera reducir su enorme deuda provocaron que la subvención al ferrocarril fuera mucho mayor que lo era con *British Rail*²⁵⁷.

Por otra parte, nuevos requisitos de seguridad junto con la complejidad de la estructura organizativa establecida por la privatización arrojaron costes adicionales a la industria.

Uno de los beneficios esperados de la privatización era que eliminaría el control político a corto plazo, lo que daña una industria como la ferroviaria que requiere inversiones a largo plazo. Esto no sucedió y, con los últimos cambios realizados, ha resultado que la industria está más bajo el control gubernamental que nunca antes. Las empresas ferroviarias también sufren los efectos del control a corto plazo porque las franquicias dadas a los TOCs típicamente duran poco tiempo.

Además el sistema de franquicias ha sido objeto de arduas críticas, como sistema demasiado complicado que implica a demasiadas compañías, alguna de las cuales eran incluso subcontratadas. Este panorama condujo a confusión en las responsabilidades, numerosos incidentes y la incursión en altos costes para las compañías, y por ende, a los pasajeros. Ha sido una de las razones que ha llevado a Network Rail a retomar en 2004 toda la responsabilidad del mantenimiento, cuando previamente se subcontrataba, como ya hemos visto.

Por otra parte, la fragmentación de la propiedad y responsabilidad de la infraestructura viaria de la operatividad de los trenes está en el punto de mira, especialmente porque las reformas en la UE van en esa dirección. Siguiendo a Glaister²⁵⁸ han de seguirse tres importantes medidas:

- el sistema legal debe ser suficientemente competente, robusto y respetado para que puedan llevarse a cabo los acuerdos contractuales necesarios con los operadores. En esta tarea la independencia del Regulador es absolutamente necesaria para proteger los intereses del sector privado y de este modo, mantener a los inversores privados dispuestos a invertir en la industria.

²⁵⁷ En 1994, el apoyo total gubernamental recibido por *British Rail* fue de £1,627m., (£2,168m. ajustado al poder adquisitivo de 2005), mientras que en 2005, este totalizaba £4,593m., a pesar de la falta de cualquier aumento en la inversión para la mejora de la infraestructura.

²⁵⁸ Véase la nota al pie 199 al principio de este epígrafe IV.

- la especificación de un régimen de rendimiento apropiado que suministre los incentivos necesarios de eficiencia.
- una vez establecidas, no debe interferirse en el desarrollo de estas medidas, con el fin de que maduren sin las fatalmente dañosas consecuencias de las intervenciones gubernamentales o de otras instituciones que minen los incentivos cuidadosamente diseñados.

4. TRANSPOSICION DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN EL REINO UNIDO

Como hemos visto en este capítulo, la reforma estructural del sistema ferroviario británico es considerada pionera, y no sólo en el tiempo, siendo una de las primeras reformas llevadas a cabo en Europa, sino también respecto a la profundidad de dichas reformas, que someten a un proceso de privatización tanto al gestor de la infraestructura como a los operadores ferroviarios.

Centrándonos en la implementación de las Directivas ferroviarias al sistema inglés, ya el Railways Act 1993 (Chapter c. 43) hace mención de la Directiva 91/440/EEC y su transposición en la legislación subordinada con el propósito de dar cumplimiento a la misma²⁵⁹. Asimismo, en esta Sección del Railways Act se da cabida a la posibilidad de la solicitud al gestor de la infraestructura de acceso a la red ferroviaria por operadores internacionales, a través de contratos de acceso; pero únicamente en los dos supuestos reflejados en la Directiva 91/440, es decir, para la explotación de servicios de transporte combinado internacional y/o para la explotación de servicios de transporte por agrupaciones internacionales (en los países en que estén establecidas dichas agrupaciones).

Más tarde, The Railway Regulations 1998 (Statutory Instruments 1998 No. 1340), cuya entrada en vigor es el 27 de junio de 1998, es el instrumento jurídico que da aplicación efectiva a los mandatos contenidos en el Railways Act, en este caso, el de 1993. De este modo, en su Parte III, Sección 11, respecto a la adjudicación de capacidad de infraestructura se da aplicación a los mandatos contenidos en el Railway Act, pudiendo solicitar la capacidad necesaria tanto las compañías ferroviarias que constituyan agrupaciones internacionales, como

²⁵⁹ En la Sección 17 (Access agreements: directions requiring facility owners to enter into contracts for the use of their railway facilities) de la I Parte (The Provision of Railway Services) del Railways Act de 1993.

aquellas compañías que quieran dar servicios internacionales de transporte combinado²⁶⁰. Nada nuevo añade a lo que establece la Directiva.

Es destacable que The Railway Regulations 1998 introduce una figura que se menciona por primera vez en la Directiva 95/19/CE, sobre la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización, como instancia independiente respecto a estas funciones²⁶¹, y que no tuvo eco nada más, -respecto a su proyección internacional, o mejor dicho, comunitaria-, que en la legislación británica, pero ahora desaparecida incluso de dicha legislación. Es el International Rail Regulator (IRR)²⁶². Se hace mención a su creación en la Parte II, Sección 9; es nombrado por el Secretario de Estado y realiza las funciones que le confiere la Railway Regulations de 1998. Después no vuelve a mencionarse al IRR en la legislación posterior.

Para no extenderme en la específica regulación británica a lo largo de los paquetes ferroviarios de directivas, me voy a referir a la legislación actual en relación a la apertura del transporte ferroviario de mercancías. Así, la transposición de la Directiva 2004/51 fue notificada a la Comisión Europea el 28 de Noviembre de 2005 y el 1 de Diciembre de 2005, respecto a su incorporación en los siguientes instrumentos jurídicos:

- The Railways Infrastructure (Access and Management) Regulations 2005, (Statutory Instruments 2005, No. 3049);
- Railways: The Channel Tunnel (International Arrangements) Order 2005, (Statutory Instruments 2005, No. 3207), únicamente respecto a la infraestructura ferroviaria del túnel de La Mancha;

²⁶⁰ “Allocation of infrastructure capacity: application in Great Britain

11. -(1) Any international grouping may make an application-

(a) in the case of a grouping which includes a railway undertaking established in the United Kingdom, for such access and transit rights, or
(b) in the case of any other grouping, for such transit rights, as may be necessary for the provision of international transport services between the EEA States where the undertakings constituting the grouping are established.

(2) Any railway undertaking established or to be established in an EEA State may make an application for the grant of such access and transit rights as may be necessary for the purpose of the operation of international combined transport goods services.”

²⁶¹ Que puede considerarse como precedente del organismo regulador.

²⁶² La figura del Regulador Ferroviario Internacional es interesante a nivel comunitario porque uniformizaría las diferentes regulaciones nacionales y podría asimismo entenderse como una entidad supranacional por encima de los Reguladores nacionales. Este punto es quizá el que impide su creación. De hecho, se ha debatido la posibilidad de la creación de un regulador a nivel comunitario.

- The Railways Infrastructure (Access, Management and Licensing of Railway Undertakings) Regulations (Northern Ireland) 2005, (Statutory Instruments 2005, No. 537).

La regulación sobre la Infraestructura ferroviaria (Acceso y Gestión), “*The Railways Infrastructure (Access and Management) Regulations 2005 (Statutory Instrument 2005 No. 3049)*” mencionada, entró en vigor el 28 de Noviembre de 2005. En ella, tal y como establece la Directiva 2004/51, se amplían los derechos de acceso a la red inglesa para todo tipo de transporte de mercancías, y se siguen manteniendo para los servicios de transporte que ofrezcan las agrupaciones internacionales²⁶³. Luego, se da cumplimiento a la Directiva a tiempo para el transporte internacional de mercancías, y un año antes para el transporte nacional de mercancías.

5. **PERSPECTIVAS**

Como se ha puesto de manifiesto, una forma que ayudará a resolver conflictos es una mejorada planificación a más largo plazo. Como se ha dicho anteriormente, la *Estrategia de Utilización de Rutas*, previamente llevada a cabo por la SRA, es ahora responsabilidad de Network Rail. Con el fin de asegurar que Network Rail emprende esta tarea desde una perspectiva global de toda la industria, y se concentre en las necesidades de usuarios e inversores, la ORR ha modificado la licencia de Network Rail emitiendo, además, directrices. Las futuras Estrategias de Utilización de Rutas tendrán un importante papel para la comprensión de las opciones y concesiones en el uso y desarrollo de la red, que es por lo que están basadas en disposiciones regulatorias.

Otro desafío es asegurar que Network Rail realmente cumpla con el mantenimiento de la red y con un rendimiento mejorado de su gestión y planificación. Network Rail es responsable de diversas maneras: es responsable a través de su licencia con la ORR; es

²⁶³ Literalmente: “PART 2 - ACCESS TO RAILWAY INFRASTRUCTURE AND SERVICES
Access and transit rights: 5. (1) An international grouping is entitled, on equitable conditions—

(a) in the case of an international grouping which includes a railway undertaking established in the United Kingdom, to such access and transit rights; or
(b) in the case of any other international grouping, to such transit rights, as may be necessary for the provision of international transport services between the EEA States where the undertakings constituting the grouping are established.

(2) A railway undertaking is entitled, on equitable conditions, to such access as may be necessary for the purpose of the operation of any type of rail freight service.”

responsable a través de los acuerdos de acceso de los operadores; es responsable, aunque menos directamente, con la financiación pública (particularmente con el Secretario de Estado y Ministros); también es responsable con sus propios miembros. Un desarrollo reciente en este sentido es la publicación (cuatro veces al año) del 'Network Rail Monitor', que muestra como Network Rail está funcionando en comparación a una amplia variedad de medidas de rendimiento y gasto. Así que una prioridad es que Network Rail desarrolle una estrategia robusta de gestión de su activo a largo plazo, que permita detectar decisiones delicadas a largo plazo en el uso y desarrollo de la red, entre otras razones, porque la inversión en la estructura tiene repercusión a lo largo de un amplio espacio de tiempo y porque también la industria proveedora necesita tiempo para poder preparar el material a abastecer, como locomotoras u otros equipos.

Por otra parte, algunos observadores -incluida la dirección de los Ferrocarriles Federales Suizos, ampliamente considerados como uno de los mejores ferrocarriles del mundo— aún cuestionan la idea de la separación de la gestión de la red viaria de la operatividad de los servicios de trenes porque la entienden fundamentalmente malinterpretada, por haberse basado en el modelo de transporte aéreo, en el que la infraestructura, la ingeniería y consideraciones operacionales son enteramente diferentes. Argumentan que la razón se encuentra en una simple cuestión técnica: la sinergia de interacción de la vía con las ruedas del tren constituye un elemento integral clave para el funcionamiento del ferrocarril, y de ahí, el peor punto posible para realizar una separación²⁶⁴, especialmente en una red de funcionamiento intensivo pero multifuncional, como es la red británica.

En la actualidad el partido conservador, (que inició la privatización), se ha propuesto algunas modificaciones, incluyendo un cambio organizativo de la estructura de la industria en la que operadores regionales a los que pertenezca la red se encarguen también de la operatividad de los servicios en sus regiones. La opinión conservadora es que la separación de la propiedad de la red viaria de la operación de los servicios ferroviarios ha demostrado ser un error, y tal separación ha ayudado al aumento del coste del funcionamiento del ferrocarril. Tal cambio representaría una vuelta al viejo modelo de British Rail, pero implementado por organizaciones no-gubernamentales y franquicias. Sin embargo, las críticas dicen que la aplicación de este modelo sobre la infraestructura básica, conllevaría el riesgo de replicar el error original del Railways Act

²⁶⁴ Como sabemos, separación funcional de la gestión de la red, (que engloba las vías), de la operación de los trenes; es el modelo preconizado por las directivas comunitarias para la introducción de competencia en el mercado ferroviario.

de 1993, el cual fragmentó la operación de los servicios de trenes entre dos docenas de operadores diferentes. Muchos de ellos compartiendo infraestructura, y compitiendo en los mismos servicios ofrecidos. Tal plan sería irrealizable sin la consolidación previa de las franquicias existentes en únicamente un grupo de operadores regionales.

Asimismo, EWS ha llevado a cabo estudios conjuntamente con Network Rail sobre el coste de mantenimiento de la infraestructura y como resultado está tratando de persuadir al gobierno para que permita que se derogue el control de Network Rail en el mantenimiento de las líneas únicamente de carga (particularmente de las muchas líneas cortas que enlazan áreas industriales) dejándose al control privado. Basándose en análisis realizados y en las buenas prácticas americanas/canadienses para tales rutas de carga, se piensa que podrían reducirse a la mitad los costes de mantenimiento (aunque esta propuesta, en principio, sólo funcione para las rutas de carga).

6. PROBLEMÁTICA DE LOS ROSCOs

Como hemos visto, el material rodante de *British Rail* fue vendido con la privatización directamente a nuevos operadores, como fue el caso de las compañías de carga, y a los tres ROSCOs mencionados en el epígrafe 2, los cuales se dedican a alquilarlo tanto a compañías ferroviarias de pasajeros y también de carga. De este modo, el alquiler del material rodante permite a los nuevos operadores evitar el tener que buscar el alto capital necesario para la compra de estos activos.

Una diferencia importante con otros agentes en esta industria es que los ROSCOs no están sujetos a regulación ni a la potestad del Regulador, y por tanto, se espera que la competencia entre ellos sea la que determine las reglas de mercado.

Desde su privatización en 1995, han surgido quejas de su actuación, (incluyendo TOCs importantes como *GNER*, *Arriva* y *FirstGroup*), sobre la base de que actúan como un oligopolio con el fin de mantener los precios de alquiler más altos que los que se darían en un mercado más competitivo. En 1998, el Gobierno encargó al Regulador Ferroviario que investigase el funcionamiento de este mercado e hiciera recomendaciones. El gobierno estaba a favor de una mayor regulación de los ROSCOs, quizá incorporándolos a la regulación típica de esta industria respecto a los contratos, i.e. requiriendo que cada alquiler de material rodante fuera aprobado individualmente por el Regulador antes de

ser válido. Sin embargo, el informe del Regulador Ferroviario (*Swift's report*) no encontró problemas graves en la operación de lo que era entonces un mercado emergente, y, contrariamente a la idea del gobierno, recomendó que los ROSCOs se unieran a un código de buenas prácticas voluntario y no vinculante. De este modo, los ROSCOs adoptaron este código de prácticas, que junto con la nueva potestad del Regulador Ferroviario de tratar el comportamiento anti-competitivo y el abuso de posición dominante bajo el Competition Act 1998, completaban el marco de actuación de los ROSCOs. Al establecer estos códigos, el Regulador manifestó el deseo de que los ROSCOs se adhirieran tanto a su espíritu como a la letra. Dichos códigos fueron puestos en práctica y durante los siguientes cinco años el Regulador no recibió quejas de los ROSCOs.

En Julio de 2004, para sorpresa de muchos, el Libro Blanco del Departamento de Transporte sobre el futuro de los ferrocarriles contenía una declaración de su insatisfacción con el funcionamiento del mercado de alquiler de material rodante, incluyendo la creencia de que los ROSCOs podían estar realizando prácticas de precios excesivos.

En Junio 2006, se encargó por el Comité de Transporte de la 'House of Commons' una investigación al respecto. Un comentarista²⁶⁵ aseguró que el alto coste de alquiler era debido a la forma en la que las franquicias eran asignadas entre las compañías operadoras de pasajeros. Cuando los TOCs negocian una franquicia tienen alguna libertad para proponer diferentes opciones de uso de material rodante. Sin embargo, sólo una vez que hayan ganado la franquicia es cuando empiezan a negociar con los ROSCOs. El ROSCO en ese momento conocerá los requerimientos del TOC y la cantidad fija de material rodante que tiene que obtener, lo que sitúa al operador ferroviario en desventaja en sus negociaciones con el ROSCO. Ahora bien, continúa este comentarista, los ROSCOs están simplemente comportándose como se comportan comercialmente las empresas; el problema es el sistema y, por tanto, quien tiene que solucionarlo es el gobierno²⁶⁶.

El 29 de Noviembre de 2006, siguiendo una queja en Junio de 2006 por el *Department for Transport* alegando precios excesivos por parte de los ROSCOs, la *Office of Rail Regulation* (ORR) anunció la posibilidad de remitir a la Comisión de Competencia el análisis del

²⁶⁵ Wolmar, C.: *On the Wrong Line: How Ideology and Incompetence Wrecked Britain's Railways* (rev. ed. 2005), Aurum Press, Septiembre 2005 (previamente publicado como *Broken Rails*).

²⁶⁶ Efectivamente, como veremos en el siguiente capítulo cuando se producen fallos de mercado, se han de solucionar a través de la regulación.

funcionamiento del mercado de material rodante para pasajeros, citando, entre otros factores, problemas en la propia política de franquicias del Departamento de Transporte como responsable de lo que puede ser considerado un mercado disfuncional. La Comisión de Competencia condujo una investigación, cuyos resultados publicó el 25 April 2009.

En resumen, lo que viene a restringir la competencia en el mercado de alquiler de material rodante es el muy limitado número de opciones de material rodante disponibles para alquiler por parte de las TOCs a la hora de licitar para las franquicias de transporte de pasajeros. Esta falta de elección se agudiza por la forma en que el sistema de franquicias opera. Existen un número de causas, pero el problema fundamental surge de la falta de alternativas para las flotas de los operadores cuando los TOCs están conjuntamente licitando la asignación de franquicias. Es el resultado de la alta demanda de material rodante en relación con el número disponible de vehículos, la limitada interoperabilidad, y los altos costes que implicarían el cambio a material rodante nuevo u otras alternativas de segunda mano. Asimismo la naturaleza del sistema de franquicias influye en la reducción de la rivalidad potencial entre ROSCOs.

En mi opinión mucho de este material rodante puede constituir un recurso esencial por las barreras que genera el mismo sistema de franquicias y la escasez y alto coste de dicho material que hacen difícil la duplicabilidad del mismo²⁶⁷.

La mayoría de los remedios considerados implican recomendaciones al Department for Transport (DfT) para la introducción de un mayor grado de flexibilidad, donde sea apropiado, en el sistema de franquicia o en la obtención de material rodante de alquiler con el objetivo de lograr un mayor grado de elección de material rodante para los operadores.

7. REFLEXIONES RESPECTO A LA EXPERIENCIA BRITÁNICA

El principio fundamental que condujo la política ferroviaria británica de los 90 no fue la privatización. Fue la introducción y el establecimiento de la competencia en cada área de negocio de esta industria con el fin de lograr eficiencia y transparencia en el sector ferroviario. De este modo, la política ferroviaria fue diseñada con el fin de maximizar las

²⁶⁷ Véase capítulo IV epígrafe 2.3 en relación a este punto.

oportunidades de competencia efectiva, mientras se atendía la infraestructura como monopolio natural, y de continuar con el pago de subsidios para poder preservar la escala de esta industria.

Desafortunadamente, la experiencia británica ilustra la historia de la incursión en los altos costes de la privatización para utilizar las fuerzas de la competencia como ordenadoras del mercado, pero, de forma contraproducente, interviniendo después con mas regulación, lo que impidió que la misma competencia tuviera tiempo de desarrollar sus ventajas. De modo que se acabó por pagar el precio del riesgo comercial (que implicaba la privatización) que debía haber soportado el sector privado, en forma de grandes deudas y sus intereses, sin el logro real de la transferencia del riesgo.

De este modo, cuando Railtrack realizaba una mala inversión o mal gestionaba sus sistemas de información, el gobierno siempre aparecía al rescate con fondos públicos, lo que debilitaba el deseado mecanismo de mercado que lleva a la eficiencia, (transfiriendo los riesgos de la incompetencia o pagando mucho por las aportaciones del Estado a los propietarios privados). Así, cuando Railtrack, el monopolio privatizado y regulado de la infraestructura entró en dificultades financieras terminales, el gobierno dio la impresión de la recuperación del control público de la industria ferroviaria. Sin embargo, una vez más la política de riesgos seguida se confirmó y la política fiscal del Tesoro sobre la deuda nacional evitó la debida renacionalización en aquel momento. Por el contrario, tanto Network Rail y las TOCs se situaron precariamente en un límite indistinto entre los sectores público y privado con objetivos corporativistas borrosos y deberes mal definidos respecto al interés público.

Por otro lado, no se mantuvo una competencia apropiada en la provisión del servicio más importante para Railtrack, la ingeniería, supuestamente porque se podían reducir las ganancias de la venta que se conseguían para las arcas del Estado con la privatización.

V. CONCLUSIONES DEL CAPITULO

De lo expuesto en este capítulo podemos concluir que hemos analizado tres grandes puntos fundamentales: 1) cuál era la situación del ferrocarril que provocó la necesidad de una reestructuración profunda a nivel europeo, y que necesariamente también conllevó una reestructuración de los sistemas ferroviarios nacionales de los Estados

miembros; 2) la complejidad de los sistemas ferroviarios que implica que no sea tan fácil prever las consecuencias de las medidas implantadas; 3) cuáles son las medidas regulatorias para hacer posible esta reestructuración, que se han implantado desde 1990 en la Unión, y sus consecuencias.

1) Situación del ferrocarril antes de 1990

Respecto al primer punto, históricamente, tanto el transporte de pasajeros como el de carga, se organizó constituyendo redes ferroviarias nacionales cerradas y no interoperables. El transporte ferroviario lo llevaban a cabo las empresas ferroviarias nacionales, las cuales eran también responsables de la construcción y mantenimiento de la infraestructura, la seguridad y el material rodante.

En Europa, el transporte ferroviario entre los Estados miembros se organizaba en forma de acuerdos de cooperación entre las empresas ferroviarias nacionales, lo que impedía a las empresas ferroviarias emprender libremente servicios de operaciones en otros Estados miembros. El transporte ferroviario internacional no podía desarrollarse con este modelo estructural, puesto que las redes nacionales eran a penas interoperables, de modo que tenían que cambiarse las locomotoras en las fronteras por ser imposible que pudieran circular en la red de otro Estado debido a diferentes sistemas de señalización, de electrificación o incluso de anchura de vías. Asimismo, el personal del tren sólo podía operar en un Estado miembro, teniendo que reemplazarse también en la frontera. Las formalidades administrativas y técnicas a cumplimentar en las fronteras implicaban más tiempos de espera, lo que hacía a este modo de transporte cada vez menos atractivo en comparación con el transporte por carretera e incluso las vías navegables.

Asimismo, los sistemas ferroviarios europeos tenían y continúan teniendo una preponderancia del transporte de pasajeros sobre el de mercancías, no se optimiza para la carga. El modelo urbano de transporte de pasajeros, e incluso el *inter-city*, se decide básicamente en función de la competencia *por* el mercado (a través de la licitación pública) y no de competencia *en* el mercado. Los principales problemas se dan en relación a los regímenes de acceso, el papel del sector privado, y cómo controlar y limitar las subvenciones.

Aún así, respecto al transporte ferroviario de pasajeros, en 1970, la cuota modal del transporte ferroviario de pasajeros representaba 10.4%, decreciendo a 6.4% en 2001. En términos absolutos el número de pasajeros/km del tren incrementó alrededor de un 40%

en 30 años y el número total de pasajeros/km para todos los modos de transporte aumentó un 128% en el mismo período, lo que muestra claramente la pérdida de cuota de mercado del transporte ferroviario de pasajeros²⁶⁸. De acuerdo con un sondeo del Eurobarómetro, cerca del 8% de los ciudadanos europeos usaron el tren para un viaje a otro Estado miembro²⁶⁹, mayormente de ocio o turismo (84%) y por propósito de negocios (16%).

Por tanto, el modelo estructural del que procedemos en los países de la UE es de integración vertical. Es decir, en una estructura integrada verticalmente, el gestor de la infraestructura también ofrece servicios de operación de trenes. Ahora bien, con esta estructura la empresa ferroviaria nacional puede aprovechar su ventaja de posición dominante sobre el resto de los operadores y denegar el acceso a la infraestructura o llevar a cabo otras prácticas anticompetitivas. En otras palabras, con este modelo no existe competencia en el mercado o es muy limitada.

2) Complejidad del sistema ferroviario

Si el gestor o propietario de la infraestructura suministra sus propios servicios ferroviarios se produce un impacto en la competencia. Una empresa integrada tendrá una fuerte motivación para limitar el desarrollo de la competencia en la provisión de servicios ferroviarios. Puede aumentar las tarifas de acceso o el precio global en relación con los precios al consumidor final, o puede reducir la calidad en el acceso del competidor en relación con la calidad del servicio que se suministra a sí mismo como gestor de la infraestructura, o de otras formas usando su posición como propietario de un input esencial para beneficiar a su empresa de operaciones en contraste con la del competidor. El regulador usualmente tratará de evitar tales comportamientos a través del control del precio, la calidad y oportunidad del servicio de acceso. Aun así, la empresa ferroviaria dominante tendrá una fuerte motivación para continuamente encontrar la forma de subir el precio o bajar la calidad u oportunidad del acceso. El Estado, sin embargo, puede evitar esta tendencia de la empresa integrada de restringir el acceso a sus competidores, simplemente prohibiéndole que suministre servicios en el competitivo negocio relacionado, en otras palabras, imponiendo la separación vertical.

²⁶⁸ Véase 'EU Energy and Transport in Figures, Statistical Pocketbook 2003' en: http://europa.eu.int/comm/dgs/energy_transport/figures/pocketbook/2003_en.htm

²⁶⁹ Eurobarómetro 59.2, llevado a cabo en Mayo-Junio 2003 en la UE de los 15. Se puede encontrar un resumen de los principales resultados en: http://europa.eu.int/comm/transport/rail/package2003/index_en.htm

De este modo, la reforma estructural que impulsa la Comisión Europea se basa en la liberalización del mercado y propone una separación vertical de los monopolios nacionales. Tal separación vertical tiene un amplio espectro de probabilidades, desde la simple separación contable de la empresa gestora de la infraestructura de las empresas operadoras de trenes hasta la radical separación vertical, como en Suecia, e incluso la privatización de las diferentes empresas o negocios, como en Reino Unido. Como sabemos, aunque insuficiente, las Directivas acaban por imponer la simple separación contable, dejando al Estado la decisión sobre su grado de separación estructural.

Este marco que crea la Comisión es acorde con el enfoque de que estas deficiencias se solucionan mejor a través de una reforma estructural que con la aplicación *ex post facto* de la legislación antitrust. La única forma posible de evitar este conflicto de intereses que surge en la adjudicación de la capacidad de la infraestructura y/o el incentivo de discriminar en contra de los nuevos competidores en el mercado es la completa e irreversible separación estructural de la infraestructura de las operaciones.

En consecuencia, el propietario de la infraestructura no tiene nada que perder cuando provea el acceso a los nuevos operadores, puesto que el establecimiento de tarifas de acceso por encima del coste marginal, resultará en un acceso dinámico a todos los operadores bajo condiciones no discriminatorias. Simplemente al situar la gestión de la infraestructura y la operatividad de los trenes en entidades corporativas totalmente separadas, se elimina el incentivo a discriminar, y también se reduce la carga regulatoria a este respecto, aumentando el nivel de competencia. Pero no parece suficiente para eliminar los incentivos de discriminación si las entidades corporativas, aunque separadas en unidades de negocio funcionales, son enteramente propiedad de un *holding*.

Ahora bien, recientes estudios muestran que, en el ámbito ferroviario por sus especiales y endógenas características, la estricta separación vertical puede traer problemas mucho más importantes que los que había antes de la apertura total del mercado. No sólo impondría muchos más problemas de control y, por ello, de mayor carga regulatoria, sino que el gestor de la infraestructura podría verse desincentivado para invertir en la infraestructura, en su mantenimiento y modernización, lo que a largo plazo podría provocar problemas de seguridad y de pérdida de eficiencia y productividad.

Por ello, hay diversos factores a tener en cuenta en la separación vertical:

- El acceso de operadores ferroviarios independientes aumenta ciertos costes e incrementa la carga del Organismo Regulatorio. Se requieren nuevos mecanismos de resolución de conflictos en la adjudicación de las franjas y rutas ferroviarias, o para determinar por ejemplo quién es responsable por los retrasos.

- Además habrá de desarrollar mecanismos que garanticen un nivel eficiente de calidad (incluyendo la seguridad) de la infraestructura viaria y que garanticen la inversión en renovación puntual de la misma. Estos costes adicionales y la carga regulatoria adicional son mayores cuanto menor es la proporción de los trenes operados por el propietario o gestor de la infraestructura. Una empresa ferroviaria integrada tiene fuertes incentivos para mantener la calidad de la infraestructura porque así se asegura de que puede cumplir con sus propias obligaciones de productividad en sus servicios al consumidor final. Ahora bien, cuanto menor es la proporción de tráfico ferroviario propio operada por el gestor de la infraestructura, menor el incentivo de realizar el mantenimiento, ya que los beneficios de tal mantenimiento son, en parte compartidos con otros operadores independientes. Por tanto, los incentivos regulatorios para mantener la calidad de la infraestructura se convierten en más importantes cuando el porcentaje del tráfico operado para sus propios servicios por el propietario de la infraestructura disminuye. En el caso en que el propietario de la infraestructura no suministre trenes para sus propios servicios, los incentivos regulatorios son muy importantes. Reino Unido es un claro ejemplo de separación vertical total, donde Railtrack falló en la inversión y mantenimiento de la calidad de la infraestructura lo que acabó afectando a la seguridad, en cierto modo, dando lugar a accidentes mortales, como hemos visto en este capítulo.

Sin embargo, un Informe del Departamento de Transporte de Reino Unido en 2004 dijo que los costes se habían incrementado por las complejas relaciones comerciales y burocráticas debidas a la separación y la privatización, la falta de claridad en las responsabilidades y los mal asignados incentivos para cada parte en la industria. El rendimiento sufrió también porque la industria era incapaz de reaccionar rápidamente a los incidentes, lo que, en efecto, requería un consenso entre el gestor de la infraestructura Network Rail, los operadores de carga y las empresas ferroviarias, todos con intereses conflictuales. Esta situación también se daba en otras áreas, como por ejemplo en los cambios de los horarios de operación de los trenes.

Por tanto, la calidad de la infraestructura puede afectar a la velocidad, la seguridad y la oportunidad de los servicios ferroviarios, así como al nivel de gastos en que incurren los operadores. Una infraestructura pobremente mantenida repercute directamente en el deterioro del material rodante. *“Se estima que entre el 40 y 50 por ciento de los costes de mantenimiento de los vagones y el 25 por ciento de los costes de mantenimiento de la locomotora están relacionados con el mantenimiento del interfaz entre las ruedas y la vía”*²⁷⁰. El canon de acceso debería reflejar la calidad viaria, puesto que una vía en mal estado acelera el deterioro del material rodante. Una vez más, estos costes son internalizados en un operador integrado, pero deben ser explícitamente incentivados cuando las operaciones son realizadas por una entidad distinta al gestor de la infraestructura.

Por su parte, la entrada de nuevos competidores al mercado implicará el suministro de servicios innovadores y dirigidos a dar respuesta comercial a las necesidades de los consumidores, lo que podrá requerir inversiones específicas en la infraestructura, construcción de nuevas instalaciones o edificios o vías que alcancen determinados destinos, etc, lo que también puede ser difícil de coordinar con el propietario de la infraestructura, si éste no tiene los incentivos que le hagan adoptar un comportamiento acorde con su papel de gestor de la infraestructura. Lo que plantea la cuestión si puede obligarse al gestor de la infraestructura a que realice este tipo de inversiones si consideramos la infraestructura ferroviaria como un recurso esencial?

- Los problemas en la calidad y la inversión en la infraestructura pueden llevar años para que se manifiesten, por lo que no es posible valorar el éxito de las reformas estructurales en base a los cambios por ejemplo en las tarifas de acceso para el transporte de carga o en la cuota de mercado que alcancen los nuevos competidores. El impacto pernicioso en la infraestructura del acceso obligatorio puede devenir aparente solamente a largo plazo.

La principal diferencia entre el sector ferroviario y los restantes modos de transporte se encuentra en que, en el caso del ferrocarril, la infraestructura y la operatividad del tren están más íntimamente ligadas que en las otras infraestructuras de transporte (carretera, espacio aéreo, medio marítimo). Como resultado, la importancia de la

²⁷⁰ GLAISTER, S.: “Competition destroyed by politics: Brithish Rail privatisation” en *Conferencia sobre la Competencia en la Industria Ferroviaria, esponsorizada por la Fundación Rafael del Pino*, Madrid, 16 y 17 de septiembre de 2004.

coordinación en la inversión, sobre todo para el mantenimiento de dicha infraestructura, y en la operatividad es comparativamente más importante.

- De este modo, en la separación vertical puede ser mucho más difícil controlar los costes externos que determinados operadores pueden imponer a otros operadores ferroviarios o al propietario de la infraestructura. Una operatividad eficiente de la red requiere, que el Organismo regulatorio desarrolle mecanismos para la internalización propia de los costes ocasionados por los retrasos que los operadores pueden imponer a las otras empresas ferroviarias. Un retraso en un tren puede extenderse en forma de retrasos en otros servicios. En una empresa completamente integrada la empresa ferroviaria tiene esta “externalidad” en cuenta cuando decide cuánto mantenimiento realizará a los trenes con el fin de evitar averías y retrasos. Sin embargo, un nuevo competidor, que sólo opera una proporción pequeña del total número de trenes, no soporta los costes totales de los retrasos causados por los fallos de sus propios trenes –sólo soporta los costes directos, por lo que tiene menos incentivos en mantener en condiciones óptimas su propio material rodante. Esta necesidad de minimizar el impacto de los retrasos causados por los nuevos entrantes es particularmente importante cuando el ferrocarril forma parte de un proceso logístico de “justo-a-tiempo”.

Los nuevos competidores también pueden imponer costes en la infraestructura viaria en forma de deterioro de las vías, al tener menos incentivos de introducir o mantener un material rodante que minimice el perjuicio en la vía. Aun más, el operador puede tener otros estándares de las condiciones de conservación de sus activos (y, posiblemente de la sobrecarga de los vagones) que difiere de las condiciones óptimas de un operador integrado. Asimismo, puede tener otros incentivos en el uso de la infraestructura, pero el perjuicio ha de tenerse muy en cuenta, especialmente cuando los defectos del material rodante llevan al descarrilamiento. Por ello, la prevención que conlleva el mantenimiento y monitorización del material puede minimizar estos acontecimientos, aunque no los elimine del todo.

- Asimismo, las economías de alcance del ferrocarril hacen que el coste de la separación vertical sea mayor que en la integración. Un estudio llevado a cabo por Ivaldi y McCullough (2004) de los ferrocarriles de carga en US reveló que “habría un porcentaje de pérdida de eficiencia técnica de entre el 20-40 si las operaciones de transporte de carga eran separadas de la gestión de la infraestructura y, un 70 por ciento adicional de

pérdida de eficiencia operacional si se separaba la operación de la gestión de la infraestructura.”

- Los costes fijos de la infraestructura ferroviaria son mayores que en otros modos de transporte. Dichos costes se deberán tener en cuenta a la hora de determinar las tarifas de acceso a la infraestructura, es decir, la parte de esa tarifa que responda a la recuperación del coste fijo. Ahora bien, el gestor de infraestructura negocia con el operador ferroviario, no con el consumidor final de los servicios del tren. Como consecuencia, el gestor de la infraestructura tiene una menor capacidad para percibir la respuesta al precio, lo que es importante porque el gestor de la infraestructura puede justificar una discriminación del precio de acceso dependiendo del tipo de carga, pero desde luego no puede justificar una discriminación entre los diferentes operadores. Por otra parte, si el Regulador no conoce la naturaleza precisa del servicio de mercancías o pasajeros que se opera, no puede correctamente relacionar los cánones de acceso con la demanda del consumidor final.

Así también se dan economías de densidad en las operaciones ferroviarias, en la medida de que los costes aumentan proporcionalmente menos respecto al volumen de servicios suministrados en una infraestructura dada. Esto sucede, en parte, porque generalmente es posible añadir un vagón adicional a un servicio existente sin tener que operar un nuevo tren, -a pesar de que el *Acuerdo europeo sobre las principales líneas ferroviarias* adoptado en Ginebra en 1995, estableció la longitud estándar de los trenes en 750 metros. Como consecuencia es improbable que la reforma resulte en más competencia en forma de muchos más operadores.

- En la separación vertical puede ser mucho más difícil de gestionar la congestión y asegurar el uso eficiente de la capacidad disponible de infraestructura. Especialmente cuando se observa que los puntos de saturación del tráfico ferroviario se encuentran localizados en las zonas urbanas, las líneas únicas y los accesos a los puertos y grandes terminales de carga, además de algunos puntos concretos en túneles y puentes. La adición de un nuevo servicio ferroviario puede desplazar algún servicio existente, particularmente cuando la red está congestionada y/o el nuevo servicio opera a una velocidad diferente que dicho servicio. De este modo, la negociación de la adquisición de capacidad puede resultar muy complicada. No hay duda de que cuando las líneas están saturadas, mantener un ferrocarril integrado es más fácil para solucionar los conflictos en el uso de la infraestructura. A medida que el número de empresas externas aumenta,

los acuerdos contractuales y el número de interfaces se multiplican. Esta multiplicación de interfaces duplica las tareas originalmente coordinadas internamente por un único grupo de gestores. La complejidad de la interacción entre el gestor de la infraestructura y los operadores ferroviarios aumenta desproporcionadamente porque, a medida que los acuerdos se hacen más intrincados, desproporcionadamente se necesitan más recursos para coordinar y resolver conflictos. Por tanto, cuando las rutas o las redes están cercanas a su capacidad, el nivel de los costes de transacción y coordinación puede exceder los beneficios que trae la reforma de la apertura del acceso a nuevos competidores.

Como hemos visto en este capítulo, es el Estado el que establece el modelo estructural de organización de su sistema ferroviario, y al Regulador corresponderá una tarea difícil, ya se trate de integración vertical, y con ésta, apertura del mercado, estableciendo los incentivos necesarios para la entrada de nuevos operadores en condiciones competitivas y no discriminatorias; o, si se trata de separación vertical, para que el gestor de la infraestructura realice las inversiones necesarias para el mantenimiento y modernización de la infraestructura o el mantenimiento del adecuado interfaz entre material rodante e infraestructura.

3) Medidas regulatorias estructurales en el ámbito ferroviario comunitario

Pues bien, todos estos factores se tuvieron en cuenta cuando se implantaron en el ámbito comunitario todas las extensas medidas recogidas principalmente en los tres paquetes ferroviarios, analizados en este capítulo, con el fin de la liberalización de los mercados ferroviarios y la introducción de competencia en los mismos. Sin embargo, esta labor no acaba ahí, y la Comisión ha vigilado la evolución y desarrollo del mercado para paliar las carencias que impidan una verdadera liberalización efectiva del mercado. En la monitorización del mercado, y también a través de los “informes de seguimiento” (-en cumplimiento del requisito dispuesto en la Sección V bis de la Directiva 2001/12-), se analizaban principalmente cuestiones como las siguientes:

- *Evolución del mercado*, a través de la respuesta a las siguientes cuestiones: ¿está aumentando la competencia?; ¿bajan los precios?; ¿hay un cambio modal en favor del transporte ferroviario?; ¿está creciendo el mercado de transporte ferroviario?;
- *Condiciones marco de acceso a la red*, tratando de responder a las siguientes cuestiones: ¿se han implementado las directivas a tiempo?; ¿se ha logrado la apertura del acceso al mercado ferroviario?;

- *Condiciones técnicas de la red ferroviaria*: ¿cuál es su estado?; ¿se refleja en la información que se facilita en las Declaraciones de Red?;
- *Utilización de los derechos de acceso*: ¿cómo se adjudican estos derechos?; ¿se ha conseguido atraer a otros operadores aparte de las empresas ferroviarias históricas?; ¿se usan todas las franjas horarias?; ¿funciona la apertura, es decir, ha aumentado el número de pasajeros?;
- *Barreras a un servicio ferroviario más efectivo*: ¿cuáles son las barreras a la entrada en los mercados ferroviarios en relación con las limitaciones técnicas de la red?;
- *Limitaciones en la Infraestructura*: ¿cómo se soluciona la congestión? ¿cuáles son las inversiones, o las inversiones planificadas, para reducir las limitaciones de infraestructura?
- ¿Existe la *necesidad de nueva legislación* sobre la base de la monitorización del mercado en relación a la efectividad y eficiencia de los objetivos establecidos en las directivas, la política común de transporte y el Tratado?

El último informe que recoge toda esta información es el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: '*Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*'²⁷¹, que actualiza a su vez la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo titulada «*Seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*»²⁷² de 2007, también mencionada.

En este Informe se refleja que el desarrollo de un espacio ferroviario europeo y la apertura progresiva del mercado a la competencia han permitido estabilizar la cuota del ferrocarril en el transporte, con matices. Asimismo refleja la todavía fortísima posición de dominio de las empresas ferroviarias históricas, especialmente en el mercado de carga, y que el mayor grado de liberalización del mercado ferroviario se ha producido en el Reino Unido.

Por su parte, desde mediados de 2008, el tráfico ferroviario de mercancías se ha visto también afectado de forma significativa por la crisis económica. En efecto, ésta ha golpeado, entre otros sectores, a los que suelen recurrir a los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, como la siderurgia, la industria química y del automóvil. También con motivo de la crisis actual se ha producido una aceleración del movimiento

²⁷¹ (COM(2009)676), ya visto en el epígrafe III, apartado “7. Otras Medidas” de este capítulo.

²⁷² (COM(2007) 609) de 18 de octubre de 2007.

de consolidación del sector del transporte ferroviario de mercancías, caracterizada por la expansión en el extranjero de determinados grupos, como el germano *DB Schenker*, que es el que con mayor diferencia está llevando a cabo este movimiento de consolidación.

Respecto al transporte ferroviario de pasajeros, lo cierto es que la mayoría de los viajes internacionales no se hacen en tren, sino en avión, en autobús o incluso en automóvil. El número y frecuencia de los servicios internacionales convencionales ha disminuido sustancialmente en los últimos años. Además las pérdidas sufridas en estos servicios internacionales no pueden ser compensadas con ingresos de servicios públicos, ya que estos servicios internacionales no logran recuperar sus costes. Por lo que muchas empresas ferroviarias han interrumpido bastantes servicios internacionales de pasajeros. A pesar de este panorama, entre 2000 y 2007, la mayor parte de los Estados miembros y, en particular, casi todos los de la UE a 15 Estados registraron un incremento del tráfico ferroviario nacional de viajeros. Aunque el grado de satisfacción de los consumidores ante los servicios de transporte de largo recorrido convencional sigue siendo escaso. En contraste, el crecimiento del tráfico ha sido especialmente importante en el ámbito de la alta velocidad²⁷³.

Por último, es importante mencionar que hay una serie de estudios muy significativos recientes encargados por la Comisión Europea²⁷⁴. No me es posible dejar de referirme a uno de estos estudios, titulado “Estudio de las opciones regulatorias sobre una mayor

²⁷³ El número de pasajeros-kilómetro, en millones de personas, pasó de cincuenta y nueve en el año 2000 a noventa y dos en el 2007. La cuota de la alta velocidad en el transporte total de viajeros alcanzó un 23 % para la UE a 27 estados en 2007; en Francia dicha cuota asciende al 60 % aproximadamente. Para una visión más completa, en el Anexo 11 del mencionado Informe de 2009: *Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario* se recogen cifras correspondientes a la 'Evolución del transporte ferroviario por Estado miembro, año y segmento de mercado (1990-2008)', al que me remito.

²⁷⁴ -Informe sobre la satisfacción de los pasajeros con los servicios de ferrocarril, de junio 2011; -Evaluación sobre el Reglamento 881/2004 *que establece la Agencia Europea del Ferrocarril*, de abril 2011; -Estudio sobre la implantación del Reglamento 1370/2007 *relativo a los servicios públicos de transporte de pasajeros por carretera y ferrocarril*, de octubre de 2010, (Reglamento al que me he referido en la nota al pie 177); -Informe sobre los regímenes de responsabilidad civil entre gestores de infraestructura y operadores de servicios ferroviarios en relación con los accidentes ferroviarios, en el sentido de que pueden suponer una barrera para el mercado interior, de septiembre 2010; -Situación y perspectivas del mercado ferroviario, de marzo de 2010; -Guía de mejores prácticas para las Declaraciones de Red: “*Checklist for monitoring the compliance of the network statements with directive 2001/14 and their adequacy for the needs of railway undertakings and authorised applicants*”, de febrero 2010; -Separación de contabilidades entre gestores de infraestructura y operadores ferroviarios, de noviembre 2009; y otros más; todos estos estudios se pueden consultar en la pagina web:

http://ec.europa.eu/transport/rail/studies/rail_en.htm (último acceso el 1 de agosto de 2011).

apertura del mercado de transporte de pasajeros”²⁷⁵, y ello porque nos introduce en el capítulo siguiente de esta tesis. Ciertamente la diferenciación entre medidas propias del Derecho de la competencia y medidas regulatorias es difícil, especialmente cuando figuras propias del Derecho de la competencia se traen al ámbito regulatorio con el fin de dar solución rápida a problemas de mercado. Sin embargo, y como veremos en el siguiente capítulo, la falta de reflexión sobre las consecuencias a largo plazo de la aplicación de medidas que no están diseñadas para solucionar problemas de mercado o que se traen al ámbito regulatorio sin la debida consideración de todas sus peculiaridades puede agudizar más que solucionar los fallos de mercado, especialmente en un mercado tan complejo como el ferroviario.

En este estudio se analiza la situación de la apertura del mercado ferroviario internacional de pasajeros con el fin de evaluar la futura apertura de los mercados domésticos. Se analizan además cuatro casos correspondientes con la apertura adelantada de los mercados domésticos de Reino Unido, Alemania, Italia, y muy recientemente, de Suecia, y que, sin embargo, dicha apertura en estos países no ha tenido un impacto muy significativo.

Es digno de mencionar, al hilo de lo dicho, que bajo el epígrafe “*Market Opening for International Passenger Rail*” (pág. 17) se dice que es considerablemente más complejo organizar servicios internacionales de transporte de pasajeros que nacionalmente los servicios de transporte domésticos de viajeros o de carga. A nivel práctico, los requisitos más importantes que una nueva empresa ferroviaria habrá de cumplir para acceder a “essential facilities”²⁷⁶ y obtener las necesarias licencias están ahora recogidos en la legislación de la UE, pero parece que pueden surgir dificultades en el cumplimiento estos requisitos que la legislación prevé. Incluso se dan otros requisitos importantes en los que parece que la legislación vigente es incluso inadecuada. Estos últimos se refieren principalmente a temas comerciales, de ventas, de información y de promociones, aunque se dan también asuntos prácticos, tales como el acceso a recursos de limpieza e higiene adecuados, derechos a la utilización de equipos en “essential facilities”²⁷⁷, y acceso a redes de telecomunicaciones ferroviarias. Continúa diciendo este informe que el

²⁷⁵ Estudio realizado el 9 de septiembre de 2010 por *Everis (Strategic Development and Consulting)*.

²⁷⁶ Así las menciona el texto: “essential facilities”.

²⁷⁷ Vuelve a hacer mención expresa el texto a “essential facilities”. Y es que en el ámbito ferroviario muchos recursos necesarios para poder operar servicios de trenes son esenciales. Una de las razones es porque durante mucho tiempo han estado y siguen estando en manos de los operadores históricos; si nadie más los provee, irremediablemente se convierten en esenciales.

impacto de la apertura del mercado internacional de transporte de pasajeros doméstico no será significativo, y que es probable que se limite a un puñado de rutas. Se considera que el éxito o fracaso de la apertura de este mercado depende primordialmente de las siguientes seis medidas (pág. 22):

- La implantación total e íntegra de todas las Directivas y Reglamentos UE que afectan a la industria ferroviaria, pero, y así lo recalca el texto, *no sólo en la letra sino también en el espíritu*. Es decir, no se trata de una aplicación teórica de dichas Directivas y Reglamentos, sino de un ánimo de creación de un verdadero mercado ferroviario europeo integrado.
- Una regulación económica imparcial y rigurosa que cubra todos los aspectos de la industria ferroviaria (incluido el proceso de otorgamiento de los contratos de servicio público).
- La disponibilidad de material rodante apropiado.
- Un sistema de cánones de infraestructura que incentive a los operadores ferroviarios a operar trenes adicionales sin discriminaciones, sobre todo respecto a los operadores más pequeños.
- Una estructura de tarifas inter-disponible entre Estados como sistema de ventas e información imparciales de ventanilla única y operables en las estaciones.

CAPITULO II: **REGULACION SECTORIAL DEL TRANSPORTE Y DERECHO DE LA** **COMPETENCIA**

I. INTRODUCCION

II. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA UE EN RELACION CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y CON LA REGULACION SECTORIAL.

III. REGULACION Y DERECHO DE LA COMPETENCIA. ¿CUANDO SE DEBEN APLICAR?

1. Instrumentos normativos
2. Funciones y objetivos
3. Metodología

IV. DESREGULACION Y LIBERALIZACION

1. Desmantelamiento de los monopolios históricos
2. Medidas regulatorias
 - A) Acceso obligatorio
 - B) Obligación de no discriminación
3. Diferentes ámbitos de aplicación

V. INDUSTRIAS EN RED

VI. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA INDUSTRIA FERROVIARIA

1. Sistema procedimental de aplicación del Derecho de la competencia al transporte
2. Aplicación del Derecho de la Competencia al mercado ferroviario. Primer problema: qué mercado definir.
3. Ventajas y desventajas de la integración vertical versus separación vertical desde el punto de vista del Derecho de la Competencia.

VII. CONCLUSIONES DEL CAPITULO

No cabe duda que el análisis y aplicación de la Doctrina de los Recursos Esenciales (DRE/EFD) conduce a la cuestión de la regulación en los mercados²⁷⁹. De hecho, la mayoría de los asuntos a los que se aplica la doctrina tienen que ver con empresas que se resisten a la desregulación o que mal utilizan las condiciones de desregulación parcial del mercado. Probablemente si la regulación fuera global y completa, entonces no necesitaríamos ni la doctrina de los recursos esenciales ni tan siquiera el Derecho de la Competencia. La problemática de la DRE/EFD se plantea comúnmente en las industrias reguladas porque la política pública crea barreras de entrada absolutas en los mercados que impiden la libre competencia en los mismos²⁸⁰.

La tendencia de política económica actual no es de regulación, sino todo lo contrario, de desregulación basada en la competitividad de los mercados y la función del Derecho de la competencia como sustituto de la regulación tradicional²⁸¹. El fin último, incluso en la Unión Europea, es sustituir la regulación sectorial específica por principios generales antitrust.

Los mercados completamente regulados vienen acompañados de una extensiva supervisión regulatoria y de inmunidad ante posibles infracciones anticompetitivas. Por el contrario, en los mercados desregulados altamente competitivos, para empezar, raramente surge la cuestión de la negativa de acceso a un recurso. Sin embargo, el Derecho de la Competencia no resuelve bien los problemas que se dan en esa complicada zona, ambigua, que se va

²⁷⁸ Antes de comenzar con este segundo capítulo, es significativo recoger lo que dicen ESCRIBANO CAÑAS, B. y JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE, J., lo que se explica por sí sólo: “... se tratan aspectos complejísimo de competencia como el papel del monopolio, la negativa a contratar, la teoría de las ‘essential facilities’ o el papel de la política de competencia en industrias sujetas a regulación.” En “El modelo de análisis prospectivo en el sector de las telecomunicaciones. El peligro de examen dual” en J.M. Beneyto Pérez, (Dir.) y J. Maillo González-Orus (Coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Instituto de Estudios Europeos, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pag. 167.

²⁷⁹ Véase WEISER, P.J., “The relationship between antitrust and Regulation in a deregulatory era”, *Antitrust Bulletin*, n° 50, 2005, pp. 549 y ss.,

²⁸⁰ Así lo dice OWEN, B.M., “Determining Optimal access to Regulated Essential Facilities”, *Antitrust Law Journal*, n° 58, 1990, pag. 887. Asimismo al hilo de lo expresado, en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, antes Glaxowellcome AEVE*, (Rec. 2008 página I-7139), una significativa cuestión de las cuestiones prejudiciales que plantea el tribunal griego fue: “¿es correcto que un órgano jurisdiccional nacional aplique las normas comunitarias sobre la competencia del mismo modo a los mercados que funcionan en régimen de competencia y a aquellos en los que se halla falseada por la intervención del Estado?”. Aunque hay otros matices por otras cuestiones que se dan en el caso, en general, el Tribunal argumentó que el sector farmacéutico debe ser tratado de igual forma que cualquier otro a la hora de aplicar las normas de competencia.

²⁸¹ Véase CARLTON, D.W. y PICKER, R.C., “Antitrust and Regulation”, *Chicago Law Research Paper Series*, n° 312, 2006, pp. 1-48. Disponible en:

acrecentando a medida que un sector está siendo desregulado. Una doctrina de los recursos esenciales adecuadamente enfocada es una herramienta para llenar el vacío que separa mercados completamente regulados de aquellos completamente competitivos. Incluso para FRISCHMANN y WEBER WALLER²⁸², la DRE/EFD aplicada por los tribunales es una segunda mejor solución en contraste con un enfoque regulatorio exhaustivo de política social de acceso. La cuestión de cuál sea la normativa correcta para compeler al acceso, además, enlaza con la cuestión de qué institución estaría mejor capacitada para imponer esta obligación de acceso.

Por todo ello, parece inexorable referirnos en este capítulo a la importante y polémica relación entre Regulación y Derecho de la Competencia en el ámbito de la Unión.

II. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA UE EN RELACION CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y CON LA REGULACION

Si en el capítulo anterior nos hemos ocupado de reflejar la evolución de la regulación de la política de transporte en la Unión, en el presente capítulo veremos que no sólo rige esta regulación específica sino que también rige el principio fundamental de libre competencia comunitario, de cuyo control se ocupa el Derecho de la Competencia de la Unión, expresado, en gran medida, en los arts. 101 y 102 TFUE. En efecto, el Derecho de Competencia de la Unión se aplica a todos los sectores de actividad económica comunitarios²⁸³.

El principio de libre competencia inspira, por tanto, una parte importante del Tratado, el cual, a su vez, en este contexto, ha pretendido ser el objetivo en la liberalización de todos los sectores sujetos a regulación económica, y en el caso que nos ocupa, del sector ferroviario. Consecuentemente, el Derecho de la Competencia y la regulación sectorial comparten parcialmente el objetivo de garantizar la libre competencia en los sectores económicos de una Unión basada en una economía de mercado.

La instrumentalización de este principio de libre competencia a través de la normativa regulatoria y a través del Derecho de la Competencia tiene importantes consecuencias,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=937020, (último acceso 14 diciembre 2011).

²⁸² En “Revitalizing essential facilities”, *Antitrust Law Journal*, 2008, vol. 75, pp. 26.

²⁸³ Véase en el cap. I, respecto al principio de universalidad del Tratado, en el epígrafe II, los apartados 2.4 y 2.5.

incluso en el conflictivo ámbito de las competencias o atribuciones entre organismos, y no sólo a nivel comunitario sino también nacional. Consecuencias no siempre del todo obvias, y que vamos a tratar de puntualizar:

□ La regulación sectorial es una vía alternativa para la introducción y fomento de la competencia en los mercados, y por tanto, es *lex specialis*, desplazando (que no contrarrestando) la aplicación de las normas generales de Derecho de la Competencia, las cuales forman parte del Tratado fundacional de la Comunidad Europea. Pero sin olvidar que la función de la regulación es, al mismo tiempo, complementaria de las funciones de las autoridades de defensa de la competencia, y de ahí, que tengan una obligación de cooperación, no solo en sus funciones, sino también en casos de discrepancia²⁸⁴.

La regulación comunitaria deviene aplicable a través de su introducción en la legislación nacional, con la consecuencia de que esta última no debe modificar o eliminar el efecto del Derecho de la competencia de la Unión, entre otras muchas razones, porque es Derecho primario. Tampoco debe olvidarse que las autoridades regulatorias aplican formalmente legislación nacional, mientras que las autoridades de competencia pueden aplicar directamente normas de competencia comunitarias en función de su efecto directo.

□ La aplicación de las normas generales de defensa de la competencia corresponde exclusivamente a las autoridades de la competencia²⁸⁵.

La coincidencia parcial de objetivos (garantizar la efectividad de la competencia en los mercados) de los organismos reguladores y autoridades de defensa de la competencia no debe confundir sus atribuciones respectivas ni los medios puestos a su disposición, que en caso de los reguladores sectoriales se canalizan exclusivamente a través de la regulación *ex ante*, como veremos después en este capítulo.

El regulador no puede extenderse de sus atribuciones de aplicación de los remedios previstos en la regulación. Se excede si declara una conducta como constitutiva de una

²⁸⁴ Véase LAGUNA DE PAZ, J.C., “Autoridades de Defensa de la Competencia y Reguladores Sectoriales, a propósito de la STS de 6 de octubre de 2010”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 9, 2011, que en las pp. 155 a 157 recoge medidas de participación, cooperación y de resolución de discrepancias específicas muy interesantes, como por ejemplo, entre otras, el criterio general de que debe asumir y resolver el caso la autoridad que se encuentre en mejor situación para llevar a cabo la investigación, en función de las circunstancias concretas, si bien, por ello, parece aceptarse una cierta preferencia del regulador sectorial.

²⁸⁵ En España en la actual Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia se atribuye a la Comisión Nacional de la Competencia, y a los correspondientes órganos de las CCAA y al Consejo de Ministros, (véanse sus arts. 13 y 14).

infracción relativa a la defensa de la libre competencia²⁸⁶. Si bien puede utilizar metodología propia del Derecho de la Competencia para determinar como ilícita una actuación prohibida por la regulación sectorial, es decir, a efectos de aplicar sus propios remedios jurídicos²⁸⁷.

□ Lo anterior hay que ponerlo en relación con el art. 10 TCE, ahora (sustancialmente) art. 4, apartado tercero del TUE versión consolidada²⁸⁸ en la modificación dada por el Tratado de Lisboa, que recoge como principio general, ya asentado, la obligación por parte de las autoridades nacionales de cooperar con las instituciones de la Unión y de no dificultar la consecución de los objetivos de la UE²⁸⁹; lo que también implica que las autoridades de competencia y regulatorias y tribunales nacionales deben evitar adoptar decisiones que entren en conflicto con decisiones de la Comisión en asuntos de Derecho de la competencia. Pero aún más, como la competencia es un objetivo de la Unión²⁹⁰, las autoridades nacionales no deben adoptar decisiones que restrinjan la competencia en nuestro mercado

²⁸⁶ Véase la sentencia del TS español de 6 de octubre de 2010, recurso de casación 1338/2008, en que se dice que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se excedió en sus atribuciones, al declarar la conducta como abuso de posición dominante, tarea que exclusivamente corresponde a la Comisión Nacional de la Competencia, aunque la CMT necesariamente tuviera que realizar una previa valoración del eventual carácter anticompetitivo de la conducta.

²⁸⁷ Así LAGUNA DE PAZ, J.C., “Autoridades de Defensa de la Competencia y Reguladores Sectoriales, a propósito de la STS de 6 de octubre de 2010”, RCD no. 9, 2011, pag. 152, refiriéndose a la STS de 6 de octubre de 2010 mencionada en la nota al pie anterior, dice que “nada hay que objetar a que la CMT utilice metodología propia del Derecho de la Competencia para determinar la ilicitud de actuaciones prohibidas por la normativa sectorial. La cuestión es que la autoridad sectorial va mucho mas lejos, ya que -después de renunciar a aplicar los remedios previstos en la regulación sectorial-, sin rodeos, declara la conducta como abuso de posición dominante.”

²⁸⁸ El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 entro en vigor, en virtud de su art. 6, el 1 de diciembre de 2009, modifica los dos textos fundamentales de la UE: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Este último pasa a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Dice así el art. 4. 3 TUE consolidado: “*Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.*”

²⁸⁹ Es significativamente clarificador lo que escribe BORCHARDT, K-D.: *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, OPOUE, Luxemburgo, 2011, pag. 125: *La autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión reviste una importancia fundamental para la existencia de la UE, ya que sin ella no se podría evitar que los derechos nacionales socavarán el Derecho de la Unión ni garantizar la validez uniforme del mismo en todos los Estados miembros. Gracias a la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, los conceptos del Derecho de la Unión se definen, por principio, en función de las necesidades de este y de los objetivos de la Unión. Esta definición conceptual específica de la Unión es indispensable, puesto que los derechos garantizados por el ordenamiento de la Unión correrían peligro si cada Estado miembro pudiera determinar en ultima instancia el ámbito de aplicación de la libertades garantizadas por el Derecho de la Unión a través de su propia definición del contenido de dichos conceptos.*

Por su parte, la cooperación en materia de competencia entre la Comisión y los órganos judiciales nacionales se orquesta en la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE, (DOCE C 101/54 de 27 abril de 2004).

²⁹⁰ En el art. 119 actual en la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE

interior comunitario.

En efecto, a diferencia de las legislaciones nacionales, el ordenamiento jurídico de la Unión no constituye un sistema cerrado, sino que requiere para su ejecución la infraestructura de los ordenamientos jurídicos nacionales. De lo que se desprende que los Tratados de la UE y las disposiciones jurídicas adoptadas por las instituciones de la Unión para su ejecución no sólo deben ser respetados por las autoridades de los Estados miembros, sino que estas también deben ejecutarlas y darles vida.

Tanto es así, que otra de las consecuencias que se derivan del principio de cooperación leal del art. 4-3 del TUE actual consolidado es que constituye la base jurídica de la interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho de la Unión. Con arreglo a este, como hemos dicho, los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado UE o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Como parte de dicha obligación, asimismo, los tribunales nacionales deben adecuar la aplicación y la interpretación del Derecho nacional, que está subordinado a las normas de la Unión, a la luz de la letra y de la finalidad del Derecho de la Unión, incluso para evitar un conflicto normativo entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional. Así, respecto de los órganos jurisdiccionales nacionales, en este contexto se refleja su función de tribunales europeos en el sentido de que deben garantizar el cumplimiento y la aplicación correcta del Derecho de la Unión²⁹¹.

Esta necesidad de la interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho de la

(antiguo art. 4 TCE).

²⁹¹ La figura de la interpretación conforme con el Derecho de la Unión ha sido reconocida e introducida en el ordenamiento jurídico de la Unión relativamente tarde por el TJCE. Si bien en un principio el Tribunal solo había considerado razonable garantizar la interpretación uniforme de la legislación nacional en el ámbito de aplicación de una directiva previa consulta de los órganos jurisdiccionales nacionales, en 1984 se estableció por primera vez en el asunto conocido como *Von Colson y Kamann* (Asunto 14/83, Sabine von Colson y Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen, Petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Hamm – Alemania, 1984 Rec. 1891), una obligación de interpretar el Derecho nacional conforme con las Directivas relevantes. Este asunto que trataba sobre la fijación de la cuantía de la indemnización por discriminación de mujeres en el acceso al empleo, debatía sobre la aplicabilidad directa de las Directivas, de modo que se corría el riesgo de que la sentencia constataste la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión, pero que no ofreciera al órgano jurisdiccional nacional ninguna base para obviar la norma nacional. De ahí que el TJCE resolviera que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar y aplicar las normas del derecho civil nacional de forma que se garantice la sanción eficaz de toda discriminación por razón de sexo. Una indemnización meramente simbólica no satisface los requisitos de una transposición eficaz de la Directiva. No debe diferenciarse en el ámbito nacional lo que en el ámbito de la Unión acaba de ser aproximado en virtud de una directiva, lo que se reconoce como el principio de efecto indirecto. Como refleja BORCHARDT, K-D.: *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, OPOUE, Luxemburgo, 2011, pp. 134 a 136.

Unión es fácil de ver en el contexto de las directivas²⁹², a las que nos referiremos más adelante. Es requisito obligatorio incluir en la ley nacional que transpone una directiva una referencia a la propia directiva, llamada la “cláusula de interconexión”. El propósito de tal cláusula es que el origen comunitario de la medida de transposición sea explícito, lo que imprime transparencia a la relación entre ambas medidas legislativas, y resulta de particular importancia para la protección judicial de los individuos y para el control e interpretación de las medidas de transposición y aplicación por parte de las autoridades y tribunales nacionales.

□ Si desarrollamos aún más este principio de cooperación leal en relación con las normas generales del Derecho de la Competencia, básicamente los arts. 101 y 102 TFUE, disposiciones que aunque se ocupan solamente de la conducta de las empresas y no de la legislación que emana de los Estados miembros, sin embargo, *se exige de los mismos Estados no introducir o mantener en vigor medidas, ya sean de naturaleza legislativa o regulatoria, que puedan hacer inefectivas las reglas de competencia aplicables a las empresas*. Así lo expresa el parr. 46 de la sentencia del TJCE en los asuntos conjuntos C-94/04 y C-202/04, *Federico Cipolla c/ Rosaria Fazari*²⁹³.

Del mismo tenor es también la sentencia del TJCE en el asunto *CIF c/ Autorità Garante della Concorrenza del Mercato*²⁹⁴, donde se hace referencia a un gran número de sentencias que siguen esta línea jurisprudencial en su párr. 45. Asimismo, en esta sentencia el TJCE mantuvo que “se infringen los arts. 10 y 81 TCE cuando un Estado miembro retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica. Además, desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht se establece expresamente que, en el marco de su política económica, la acción de los Estados miembros debe respetar el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia [véanse los artículos 3 A, apartado 1, y 102 A del Tratado CE (actualmente artículos 4 CE, apartado 1, y 98 CE,

²⁹² El efecto vinculante que el art. 288-3 TFUE atribuye a las directivas, junto con el principio de cooperación leal del art. 4-3 es la base para la obligación de interpretar la ley nacional en conformidad con la directiva en cuestión y es la base del efecto directo de las directivas, de modo que compelen a que una autoridad nacional aparte cualquier ley nacional en conflicto con una disposición (directamente aplicable) de una directiva y en su lugar aplicar, siempre que sea apropiado, la directiva.

²⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2006, en el asunto *Federico Cipolla contra Rosaria Portolese, señora de Fazari* (C-94/04) y *Stefano Macrino y Claudia Capoparte contra Roberto Meloni* (C-202/04), Peticiones de decisión prejudicial: Corte d'appello di Torino (C-94/04) y Tribunale di Roma (C-202/04) – Italia, (2006 Rec. I-11421, 2007 4 CMLR 8). Esta misma sentencia hace eco de un asunto anterior de similares circunstancias, el asunto *Manuele Arduino*, C-35/99, (2002 Rec. I-1529, 2002 4 CMLR 25).

²⁹⁴ Asunto C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Petición de decisión prejudicial: Tribunale amministrativo regionale per il

respectivamente)]... Este deber de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al Derecho comunitario incumbe no sólo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, Rec. p. 1839, apartado 31), lo que conlleva, en su caso, la obligación de tomar todas las medidas para facilitar la realización del pleno efecto del Derecho comunitario (véase la sentencia de 13 de julio de 1972, *Comisión/Italia*, 48/71, Rec. p. 529, apartado 7)”, (párr. 46, 47 y 49).

□ Otro principio asentado a tener en cuenta en todos los ámbitos de la Unión es el principio de proporcionalidad, el cual implica que en la imposición de obligaciones, estas han de ser apropiadas y necesarias únicamente para el logro del objetivo en cuestión, incluidos objetivos de naturaleza regulatoria. De este modo, las autoridades nacionales regulatorias, actuando en el marco de las directivas comunitarias, deben respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de medidas regulatorias que deben entonces ser proporcionales (y no ir mas allá) al propósito buscado.

Asimismo, cualquier medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento o de prestación de servicios debe estar legitimada en aras del interés público, y no debe de ser más restrictiva de lo necesario y proporcionada para la consecución del objetivo encomendado²⁹⁵.

De este modo, el Abogado General Poiares Maduro, en los asuntos conjuntos C-94/04 y C-202/04, *Federico Cipolla c/ Rosaria Fazari* a los que nos hemos referido en el punto anterior, en el parr. 32 y 33 de su opinión²⁹⁶ indica que:

“En el segundo supuesto, relativo a la delegación de la autoridad del Estado a entidades privadas, una decisión adoptada a nivel empresarial se convalida posteriormente a través de una medida de naturaleza normativa. En este supuesto, la aplicación de los artículos 10 CE y 81 CE tiene por objeto evitar que la mera forma del acto impida su sumisión al Derecho de la competencia. Dicho principio de coherencia garantiza que, en la medida en que el Estado actúe en aras del interés general, su actuación estará sometida a los mecanismos de control político y democrático, mientras que si delega la consecución de determinados objetivos a operadores privados, deberá someterlos a las normas sobre la

Lazio – Italia, (2003 Rec. I-8055, 2003 5 CMLR 16).

²⁹⁵ Art. 106-2 TFUE (antiguo art. 86-2 TCE): “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.” En relación con este tema véase el asunto *Sacchi*, 155/73 (1974 Rec. 409).

competencia que constituyen los mecanismos de control del poder en el mercado. En cambio, el Estado no puede delegar determinados poderes a los operadores privados del mercado, ni puede dispensarlos de la aplicación de las normas sobre la competencia. Esta concepción ampliada de la delegación permite garantizar que la exclusión de la aplicación de las normas del Derecho de la competencia se debe a una sumisión al interés público y no a una apropiación de la autoridad pública por parte de intereses privados ...El peligro consiste en que una disposición que revista forma normativa tenga por único objeto la protección de determinados intereses privados frente a los mecanismos de la competencia, en perjuicio del interés general”²⁹⁷.

En este contexto, el art. 106 TFUE permite la creación o mantenimiento de monopolios legales y empresas públicas o a las que el Estado confiere derechos exclusivos o especiales, siempre que a través de ellas los Estados miembros no mantengan o establezcan ninguna medida contraria a las reglas del Tratado, incluidas las normas de competencia. En este sentido, esta situación es la que precisamente se da en la Decisión de la Comisión conocida como *Puerto de Rodby*, 94/119/EC²⁹⁸, que se analiza en el cap. IV, epígrafe III.

Y aunque este art. 106-2 introduzca una excepción (*en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*), ésta no debe ser aprovechada por los Estados para precisamente saltarse la prohibición general establecida por este mismo artículo, muchas veces, incluso en contra del tenor y espíritu de la misma Directiva que tienen la obligación de transponer en la normativa regulatoria nacional²⁹⁹.

²⁹⁶ Conclusiones del Abogado General Poirares Maduro presentadas el 1 de febrero de 2006.

²⁹⁷ Este pronunciamiento indudablemente vendría aplicable, a mi entender, a las zonas de servicio ferroviario, tal y como están reguladas en la vigente Ley española del sector ferroviario, especialmente respecto del Proyecto de Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios. A este tema me referiré, en particular, en el cap. IV, bajo el epígrafe “Mercado de los Servicios ferroviarios relacionados”.

²⁹⁸ (DO L 55/52, 1994, 5 CMLR 457).

²⁹⁹ En el asunto C-106/89 *Marleasing SA c/La Comercial Internacional de Alimentación SA*, (1990) Rec. I-4135, la Comisión adujo que puesto que el sistema legal comunitario es parte integrante de la legislación nacional y que el tribunal nacional es también un tribunal comunitario, a este último no se le puede negar la posibilidad de interpretar la legislación nacional en conformidad con la directiva. De acuerdo con la Comisión este tipo de interpretación debería prevalecer sobre las reglas de interpretación comúnmente reconocidas en el ordenamiento jurídico nacional del tribunal en cuestión. Es el principio de supremacía de la legislación comunitaria el que precluye la aplicación de cualquier regla de interpretación que pudiera frustrar el resultado querido por los autores de la directiva. *Marleasing* alegó que la Comercial, empresa española, se había creado con el propósito expreso de defraudar a sus acreedores, siendo *Marleasing* uno de ellos, y que buscaba que se declarase su estatuto de creación de la empresa nulo. La legislación española sobre contratos lo permite, pero no así la directiva aprobada. El TJCE declaró que el requisito de una interpretación coherente precluye la interpretación de la ley nacional de manera diferente a la interpretación en conformidad con la directiva. Así, el TJCE incluso especificó en muy concretos términos la manera en la cual el juzgador nacional tenía que interpretar las disposiciones relevantes de la ley nacional

De tal modo es así, que en la sentencia del TJCE *Klaus Hofner*, en el asunto C-41/90³⁰⁰ se dice: “Ahora bien, un Estado miembro crea una situación en la que se limita la prestación, cuando es patente que la empresa a la que se ha conferido un derecho exclusivo, que se extiende a las actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresas, no puede satisfacer la demanda del mercado para este tipo de actividades y cuando el ejercicio efectivo de estas actividades por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento en vigor de una disposición legal que prohíbe tales actividades so pena de nulidad de los contratos correspondientes”, (parr. 31).

Y también en la sentencia del TJCE en el asunto C-320/91, *Paul Corbeau*³⁰¹: “Por consiguiente, procede responder a las cuestiones planteadas por el *tribunal correctionnel de Lieja* que el artículo 90 del Tratado CEE se opone a que una normativa de un Estado miembro, que confiere a una entidad como la Régie des postes el derecho exclusivo de recoger, transportar y distribuir el correo, prohíba, so pena de sanciones penales, a un operador económico establecido en dicho Estado prestar determinados servicios específicos, disociables del servicio de interés general³⁰², que responden a necesidades específicas de los operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, en la medida en que dichos servicios no pongan en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si los servicios controvertidos en el litigio que le ha sido sometido responden a estos criterios. (párr. 21)

También es un ejemplo clarificador el asunto C-67/96, *Albany International*³⁰³: “Es preciso añadir, sin embargo, que el simple hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos, en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado, no es, como tal, incompatible con el artículo 86 del Tratado. Un Estado miembro sólo infringe

para cumplir con la directiva y prohibió al tribunal nacional aplicar otra interpretación. El margen de interpretación que dejó al tribunal quedó evidentemente reducido a cero.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de abril de 1991, Asunto Klaus Höfner y Fritz Elser c/ Macrotron GmbH, Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht München – Alemania, (1991 Rec. I-1979, 1993 4 CMLR 306).

³⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1993, Procedimiento penal entablado contra Paul Corbeau, Petición de decisión prejudicial: Tribunal correctionnel de Liège - Bélgica.

³⁰² Véase nota al pie 16 y respecto a este tema, a mi entender, respecto a estas “zonas de servicio ferroviario” de la Ley española del sector ferroviario, la clave está en el criterio que refleja esta sentencia que los servicios ofrecidos sean *disociables del servicio de interés general*.

³⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, Asunto Albany International BV c/ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Arnhem - Países Bajos.

las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones cuando la empresa de que se trata es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (sentencias *Höfner y Elser*, antes citada, apartado 29; de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 37; *Merci convenzionali porto di Genova*, antes citada, apartados 16 y 17; de 5 de octubre de 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, C-323/93, Rec. p. I-5077, apartado 18, y de 12 de febrero de 1998, *Raso y otros*, C-163/96, Rec. p. I-533, apartado 27)", (parr. 93).

□ Relacionado con los puntos anteriores, y aunque en el capítulo III se analiza el Reglamento 1/2003, se dan algunos aspectos que conviene tratar aquí por su conexión. La introducción de este Reglamento supuso un nuevo orden en la división de poderes y responsabilidades entre la Comisión, los tribunales estatales³⁰⁴ y las autoridades de competencia nacionales al descentralizar la aplicación del Derecho de la Competencia comunitario, mientras que reforzaba los poderes de investigación de la Comisión. En este contexto nacional de aplicación del Derecho de la competencia comunitario son notables el art. 1 del Reglamento 1/2003, el cual establece la aplicación directa y completa de los arts. 101 y 102 TFUE a nivel nacional, y el art. 3, que rige la relación entre las legislaciones de competencia comunitaria y nacionales.

Por tanto, desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003³⁰⁵ las autoridades nacionales

³⁰⁴ La aplicación del Derecho de la competencia por los tribunales nacionales genera un valor adicional, puesto que supone la aplicación pública de la legislación de competencia y fortalecer su papel disuasorio de conductas anticompetitivas. Como tal, tiene una importante función para el sustento de una economía competitiva al controlar los intereses económicos privados de las partes garantizando la completa efectividad de las reglas de competencia. A la vez de este papel adicional de aplicación publica por los tribunales de la legislación de competencia, se trata de una aplicación privada que incentiva los derechos individuales de las partes al establecer un canal de justicia correctiva a través de las acciones judiciales. De este modo, se complementa el sistema público con la salvaguarda de los derechos de los individuos en sus relaciones privadas. En 2005, ante el significativo subdesarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa por los tribunales nacionales, la Comisión inició un proceso de consultas tras la publicación de su Libro Verde sobre la *Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* y Documento de Trabajo anexo, publicados el 19 diciembre 2005, COM (2005) 672. En estos documentos la Comisión resalta el papel que atribuye al desarrollo de las acciones judiciales privadas como medio de fomentar una competencia activa. Asimismo estimula un debate amplio sobre los obstáculos y el futuro de la aplicación en el ámbito privado.

³⁰⁵ Completan el marco regulador del Reglamento 1/2003 para la aplicación del Derecho de la Competencia de la Unión por la Comisión Europea, las siguientes reglas:

- REGLAMENTO (CE) 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, (DO L 123 de 27.4.2004, p. 18), y modificado por el Reglamento (CE) 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel, (DO L 171 de 1.7.2008, p. 3/5)

de competencia tienen un deber legal de aplicar el Derecho de la competencia europeo en todos los casos en que se produzca un efecto en el comercio entre Estados miembros, conforme a su art. 3.¹³⁰⁶³⁰⁷. Incluso, el mismo art. 3 en su apartado 2, permite que la legislación nacional sea más estricta respecto a la conducta unilateral de las empresas en posición dominante que el propio art. 102 TFUE, lo que deja a mano un amplio margen para una mayor actividad regulatoria (no siempre aconsejable), y asimismo, permite a los Estados miembros perseguir sus propios objetivos políticos respecto a la figura de la posición dominante.

El reverso de la moneda puede darse bajo el art. 9 del mismo Reglamento 1/2003. No hemos de olvidar que la Comisión Europea, aunque órgano administrativo comunitario, es una autoridad de competencia, no de regulación. Puede darse el caso, a nuestro entender, probable de que, excediéndose de sus poderes, llegue a imponer medidas más bien regulatorias cuando negocie los compromisos bajo este artículo³⁰⁸. Ha de tenerse en cuenta

-
- Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, (DO C 101 de 27.4.2004, p. 65/77)
 - Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, (DO C 325 de 22.12.2005, p. 7/15)
 - Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, (DO C 298 de 8.12.2006, p. 17/22)
 - Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de competencia, (DO C 101 de 27.4.2004, p. 43/53)
 - Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación), (DO C 101 de 27.4.2004, p. 78/80)
 - Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) 1/2003, (DO C 210 de 1.9.2006, p. 2/5).

³⁰⁶ Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1/1, 4/1/2003), (que sustituye al Reglamento nº 17 de 1962), aplicable desde el 1 de mayo de 2004. *Art. 3: Relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia*

1. ... Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado.
2. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.

³⁰⁷ Artículo 5: Competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros: “Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,
- adopción de medidas cautelares,
- aceptación de compromisos,
- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional.”

³⁰⁸ Artículo 9 del Reglamento 1/2003. Compromisos: 1.” *Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan*

que el Derecho de la competencia europeo ha sido aplicado primordialmente por la Comisión Europea, y solo recientemente con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, por las autoridades nacionales de competencia. De hecho, la Comisión espera que las autoridades de competencia nacionales consideren sus decisiones como precedentes³⁰⁹.

Sin embargo, las políticas regulatorias en Europa han sido implementadas, normalmente en el marco de las directivas comunitarias, únicamente por las **autoridades regulatorias nacionales**. Ahora bien, el Reglamento 1/2003 no rige directamente para las autoridades regulatorias nacionales, ni siquiera cuando estén aplicando Derecho de la Competencia de la UE, ya que su función básica es aplicar la regulación sectorial (directamente).

A lo que se añade que los poderes de la Comisión Europea bajo el Reglamento 1/2003 de recuperar de una autoridad nacional de competencia un caso de infracción del Derecho de

compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un período de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión.” La novedad de este artículo es la posibilidad de que el expediente de infracción concluya mediante la aceptación por la Comisión de compromisos ofertados por las empresas implicadas. Este artículo se ha de poner en relación con el art. 7 del mismo Reglamento: “*Constatación y cese de la infracción. 1. Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 del Tratado, podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural. Cuando la Comisión tenga un interés legítimo para hacerlo, podrá igualmente constatar la pasada comisión de una infracción.*” La novedad de este otro artículo respecto a la legislación anterior es la introducción de medidas de carácter estructural que, por lo demás, somete al principio de proporcionalidad. Sin embargo, aunque en el ámbito de las concentraciones, el TPI en el asunto T-102/96 *Gencor c/ Comisión* [1999] Rec. II-753, en procedimiento de anulación contra una decisión de la Comisión bajo el Reglamento 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, que imponía derechos de acceso a terceros, el TPI mantuvo, en el párr. 319, que ‘*si bien es cierto que las obligaciones que son estructurales por naturaleza ...son, como regla, preferibles desde el punto de vista del objetivo del Reglamento, tanto en cuanto porque evitan de una vez por todas, o al menos durante algún tiempo, la emergencia o fortalecimiento de una posición dominante ... No obstante, no puede descartarse automáticamente la posibilidad de que las obligaciones que son de comportamiento prima facie, por ejemplo no usar una marca durante un cierto periodo, o hacer disponible para terceros parte de la capacidad de producción de la entidad que surja de la concentración, o, más generalmente, garantizar acceso a recursos esenciales en términos no-discriminatorios, pueden por sí mismas ser capaces de evitar la emergencia o reforzamiento de una posición dominante.*’

³⁰⁹ Art 16: *Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia: 1. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. 2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.*

la competencia son mayores³¹⁰ que sus poderes de recuperar un caso de las autoridades de regulación bajo las Directivas comunitarias (en este último caso, únicamente quizá bajo el principio de cooperación leal del art. 4-3 TUE consolidado). Esto es fácil de entender por cuanto las Directivas se transponen en los estados miembros como legislación nacional, sin embargo el Derecho de la competencia comunitario y, por tanto, el Reglamento 1/2003 es directamente aplicable (así como cualquier Reglamento de la UE).

En suma, en la Unión el Derecho de la competencia es un sistema general en el que se establecen reglas especiales bajo el art. 106 TFUE para los sectores regulados³¹¹. No hay duda de que ambos tipos de reglas (reglas concurrenciales y regulatorias) cumplen su función de acuerdo con lo que el poder legislativo decida como objetivos, siempre teniendo en cuenta que el fin último de ambas es garantizar la libre competencia y, por tanto, que no se produzcan conductas anticompetitivas en los mercados. La necesidad de regulación es preliminar cuando no existe un mercado en absoluto o cuando el desarrollo de competencia real en un mercado recién creado es todavía imposible por razones estructurales. Tan pronto como el sector se hace competitivo, el Derecho de la competencia es suficiente y debe imponerse. Sin embargo, la regulación gubernamental es más efectiva en algunos sectores económicos donde la concentración del poder económico (monopolio) es dañina para los consumidores y para el bienestar general, mientras que en otros casos el Derecho de la competencia es suficiente para conseguir los mismos resultados.

III. REGULACION Y DERECHO DE LA COMPETENCIA. ¿CUANDO SE DEBEN APLICAR?

Existen diversos sectores económicos, como el del transporte, que, por su importancia, reciben un tratamiento normativo especializado, aunque los tipos generales de las conductas anticompetitivas, que veremos con mayor profundidad en el capítulo siguiente, han de ser respetados. En otras palabras y al hilo de lo dicho en los párrafos anteriores, el régimen sustantivo general del derecho de la competencia comunitario se aplica a dichos sectores además de su tratamiento regulatorio comunitario específico.

³¹⁰ En el art. 11-6 del Reglamento 1/2003: La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia.

³¹¹ Así lo ve MONEGER, J.: "Competition, regulation and system coherence" en H. Ullrich (Dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, editado por Ascola (Academic Society for Competition Law), Munich, 2006, pag. 285.

En cualquier análisis de la relación entre competencia y regulación, el punto de partida es si la política de regulación es consistente con la concepción y el propósito que se tenga de la competencia, es decir, de la política de competencia. Existen cuatro formas en particular, sin ser excluyentes mutuamente, en las que la política de competencia y los problemas regulatorios pueden interactuar³¹²:

- La regulación puede contradecir a la política de competencia.
- La regulación puede sustituir a la política de competencia. Especialmente donde el monopolio parece inevitable, la regulación puede tratar de controlar el poder de mercado directamente, al establecer y fijar los precios, y controlando la entrada y acceso al mercado.
- La regulación puede reproducir/copiar la política de competencia.
- La regulación puede utilizar los métodos propios de la política de competencia³¹³.

1. Instrumentos normativos

Las disposiciones de la legislación secundaria deben ser, en la medida de lo posible, creadas de conformidad con el Tratado. A más abundamiento, no sólo es el Tratado un modelo de interpretación, sino que también lo son los principios generales del Derecho comunitario, por lo que ha de crearse una legislación secundaria comunitaria en conformidad con estos principios. En el asunto *Pfeiffer*, el TJCE declaró que el requisito de una interpretación coherente y consistente es inherente al sistema del Tratado; el Tribunal comunitario enlazó expresamente esta obligación con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y asegurar la completa eficacia del Derecho comunitario³¹⁴.

Dicho ésto, los principales instrumentos normativos de desarrollo del Derecho originario de la Competencia, han adoptado la forma de reglamentos y comunicaciones. El concepto de cada uno de los actos jurídicos de la Unión (Reglamento, Directiva, Decisión, Recomendaciones y Dictámenes, -aunque estos dos últimos no son vinculantes-) se recoge en el art. 288 TFUE, mientras que el art. 291-1 establece que *los Estados miembros adoptarán todas las medidas de derecho interno necesarias para la ejecución de los actos*

³¹² OCDE: “The role of competition policy in regulatory reform – OECD reviews of regulatory reform – Regulatory reform in the United Kingdom”, 2002.

³¹³ En la regulación comunitaria del sector ferroviario se dan las cuatro formas de interacción, aunque si bien la primera puede ocurrir o no.

³¹⁴ Asuntos conjuntos C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer* (2004) Rec. I-8835. En todo este párrafo me he referido a PRECHAL, S.: *Directives in EC Law*, OUP, 2ª edición, Oxford, 2005, pp. 181 y 183.

El reglamento, es la norma más utilizada por el Derecho comunitario de la competencia porque facilita la aplicación uniforme y regular de los preceptos originarios en toda la UE debido a su aplicación automática y directa. Por el contrario, la directiva es muy poco utilizada como soporte del derecho derivado de la competencia porque no tiene razón de ser, ya que no existe “constitucionalmente” la necesidad de armonización previa de los derechos nacionales para la aplicación de los mandatos contenidos en los arts. 101 y ss. del TFUE³¹⁵.

En cuanto a las Comunicaciones no tienen una aplicación automática a cada caso que se plantee, sin embargo, su utilidad práctica es muy grande, sobre todo en el Derecho anti-trust, por dos razones: porque es la Comisión las que las redacta y la que las aplica, y en segundo lugar, porque representan una guía excepcional como directrices de aplicación de una norma imperativa. También forman parte de lo que se ha venido a llamar ‘soft-law’, es decir, normativa no vinculante legalmente, -también lo son Directrices u Orientaciones-, que, sin embargo, vinculan a la propia Comisión Europea³¹⁶. Otra técnica es la publicación de “benchmarks” o códigos de buenas prácticas, algunos de estos simplemente exponen los precios que las empresas de un sector determinado cobran por servicios comparables³¹⁷.

Existen también medidas específicas bajo el Derecho de la competencia, como la adopción misma de una determinada política y consiguiente implementación legislativa; como la imposición y aplicación de las reglas de competencia a la actividad de las empresas (carteles, abusos, concentraciones) que además previenen como consecuencia ulterior los comportamientos anticompetitivos; o como cuando una autoridad de competencia llega a acuerdos con la compañía dominante implicada para determinar la estructura de una

³¹⁵ Dice ARMSTRONG, K.A. en “Governance and the Single European Market” (cap. 21), del libro Craig, P. y de Búrca, G. (Dir.) *The evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 1999, pp. 756 y 760, que claramente los reglamentos tienen la ventaja de que no requieren transposición, pero este argumento se olvida de que los Estados miembros buscaron mantener la directiva como un instrumento clave de política con el fin de retener cierto control sobre la implementación de las directivas. Esta preferencia por el uso de las directivas se recoge en el Protocolo de Amsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Fue, sin embargo, el Tratado de Maastricht el que introduce este principio en su art. 3 b, como reflejo del temor entre los Estados miembros acerca de la extensión y crecimiento de las actividades legislativas de la Comunidad Europea.

³¹⁶ Ahora bien no hay duda que las autoridades de competencia y regulatorias nacionales tienen un deber bajo el art. 10 TCE (ahora art. 4. 3 TUE del Tratado de Lisboa) de darles una importancia considerable, especialmente si han sido discutidas con dichas autoridades antes de ser adoptadas.

³¹⁷ La mera publicación de tales comparativas, con precios que varían drásticamente, tiene el efecto de obligar a las empresas en cuestión a bajar los precios para evitar medidas regulatorias, que de otro modo habrían sido adoptadas. TEMPLE LANG, J.: “European competition policy and regulation: differences, overlaps and constraints”, Tercera Conferencia Antitrust, organizada por Ecole des Mines de Paris (CERNA: Centre for Industrial Economics) y Universidad de California en

industria de acuerdo con prescripciones dictadas por la política de competencia (por tanto, no por prescripciones regulatorias). Dichos acuerdos pueden tomar la forma de Decisiones donde se hacen formales los compromisos ofrecidos por dicha empresa (art. 9-1 del Reglamento 1/2003, mencionado anteriormente). Otra medida que merece la pena destacar es la técnica normativa no vinculante, principalmente, en forma de Comunicaciones (que acabamos de ver) y de Directrices (“guidelines”). Todas estas medidas de Derecho de la competencia pueden tener a la vez un efecto *ex ante* de prevención, y de hecho, en relación a la última de estas medidas, tienen un claro efecto guía que sobrepasa la mera clarificación de una prohibición *ex post*. Muchos de estos documentos suman la interpretación que hace la Comisión de la jurisprudencia de los dos Tribunales de la UE y que desde luego solo pueden, por tanto, tener una aplicación *a priori*. Lo que lleva a un panorama más confuso todavía: la aplicación *ex post* del derecho de la competencia tiene un efecto preventivo y disuasorio *ex ante*.

Por otra parte, el sistema punitivo del Derecho determina que el Derecho de la Competencia se aplique *ex post*, es decir, una vez producida la infracción, a través de los arts. 101 y 102, excepto para el control de concentraciones, que como veremos en el capítulo siguiente, se aplica *ex ante*, a modo de prevención.

No obstante, las directivas sí se han venido utilizando profusamente en la regulación sectorial³¹⁸ o de determinados sectores económicos, que muchas veces viene a coincidir con la liquidación y desmantelación de monopolios legales y empresas públicas, es decir, con procesos de desregulación de mercados fuertemente protegidos. A través de la liquidación de muchos monopolios se procedió a la apertura a la competencia de sectores económicos protegidos hasta el momento por barreras legales o reglamentarias de acceso. Un claro ejemplo es el sector ferroviario europeo.

Efectivamente, como pone de manifiesto PRECHAL, S.³¹⁹, recientemente la Comisión empezó a usar las Directivas como instrumentos de liberalización, particularmente en el campo de los servicios públicos, tales como las comunicaciones, electricidad y gas. El objetivo no es primordialmente la armonización de legislaciones sino la “re-regulación” de mercados. El fin de este proceso es la creación o, al menos, el facilitar las condiciones de competencia, y consecuentemente, introducir políticas de funcionamiento de los mercados. Este tipo de intervención a través de las Directivas toca profundamente las economías y

Berkeley (BCLT: Berkely Centre of Law and Technology), París, 12 a 13 de enero de 2006, pag. 9.

³¹⁸ En definitiva, se trata de regular para ir desregulando un mercado que estaba protegido por barreras regulatorias e introducir la libre competencia que en última instancia sustituirá cualquier tipo de regulación.

otra estructuras administrativas de los Estados miembros. En otras palabras, la Directiva se convierte en este contexto en un instrumento de regulación estructural más que de armonización, (que también).

Como instrumento de armonización y uniformización del Derecho, la Directiva sirve bien al concepto de intervención limitada en la esfera estatal que entronca con el principio de subsidiariedad y de descentralización en su aplicación. Como sabemos, la directiva compele en cuanto al resultado dejando a los Estados miembros la elección de la forma y los métodos. La principal razón se encuentra en la diversidad, la naturaleza cambiante, y la complejidad de las situaciones que ha de tratar y que son imposibles de prever.

Por ello, en un principio los Estados miembros asumieron que las directivas no tenían efecto directo, y por tanto, no creaban derechos individuales hasta que fueran transpuestas en la legislación nacional. Sin embargo, el TJCE lo ha negado reiteradamente, declarando que el efecto directo es una herramienta esencial para que la Unión pueda garantizar que los Estados miembros implementan las directivas. La confusión procede de que las directivas tienen efecto directo vertical y no efecto directo horizontal, es decir, imponen obligaciones al Estado pero no a los individuos. Así, tienen efecto directo en un proceso contra un Estado miembro (efecto vertical), pero no en procesos entre individuos (efecto horizontal). Sin embargo, una directiva con efecto directo puede ser utilizada por un individuo contra el Estado cuando el Estado no ha implementado la directiva correctamente o a tiempo³²⁰. Incluso en el asunto *Pubblico Ministero c/Ratti*³²¹ el TJCE resaltó que a los Estados miembros no se les podía permitir que se basaran en su propia falta de transposición de una directiva para denegar derechos individuales.

En cualquier caso, el TJCE ha venido a ampliar los efectos de una directiva introduciendo el principio del efecto indirecto en el asunto *Von Colson*, que quedó confirmado en el asunto *Marleasing*, asuntos a los que nos hemos referido más arriba³²², y donde el Tribunal mantuvo que cuando una disposición de legislación nacional estuviera de algún modo abierta a interpretación, los tribunales nacionales debían interpretarla, en la medida de lo posible, de conformidad con las palabras y propósito de cualquier directiva relevante al caso³²³. Recientemente en el asunto *Kucukdeveci c/Swedex GmbH*³²⁴, el TJCE declara que

³¹⁹ PRECHAL, S.: *Directives in EC Law*, OUP, 2ª edición, Oxford, 2005, pp. 3 y 4.

³²⁰ Así lo dice ELLIOTT, C. y QUINN, F.: *English Legal System*, Pearson Education Limited, 12 edición, 2011, pag. 101.

³²¹ Asunto 148/78, (1979) Rec. 1629, (1980) CMLR 1, pp. 96 y ss.

³²² Véanse notas al pie 14 y 22.

³²³ Este principio se aplicaría incluso aunque la ley nacional haya sido aprobada antes que la directiva, bien entendido que siendo así, solo surtiría efecto desde que entrase en vigor la directiva.

³²⁴ Asunto C-555/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de enero de 2010

cuando una directiva aplica un principio general de Derecho de la Unión, un individuo puede hacer valer las disposiciones de la directiva contra otro particular. Así, el tribunal nacional puede negarse a aplicar una ley nacional contraria a una directiva en un contencioso entre partes. En este asunto en cuestión se trataba del principio de igualdad y no discriminación y la directiva se ocupaba de la discriminación en cuanto a la edad, por lo que el TJCE sentenció que la tribunal nacional alemán tenía derecho a no aplicar la ley nacional. Es un nuevo avance en el desarrollo de la legislación comunitaria, aunque su impacto es incierto respecto a si acabara consolidándose como un principio general en el Derecho de la Unión.

Lo que sin duda los Estados no han de olvidar es que la coherencia de las acciones a tomar es garantizada por las orientaciones establecidas en la Directiva y por su espíritu armonizador, que deben tomar en cuenta a la hora de transponer la Directiva en sus legislaciones nacionales. Este “olvido” por parte de los Estados miembros no es tan difícil que suceda³²⁵. La aplicación (“implementation”³²⁶) de una Directiva conlleva un proceso de varios estadios:

- Primero ha de ser transpuesta a la legislación nacional, lo que implica la adopción de medidas legislativas nacionales por el órgano legislativo competente. Además de que la transposición puede implicar la atribución de poderes a ciertos organismos, como los reguladores, para la aplicación de las normas transpuestas, lo que sucede en el caso del organismo regulador ferroviario.
- En un segundo estadio, se aplica la directiva en sentido estricto, es decir, se trata de la aplicación de las medidas nacionales de transposición de la Directiva.
- En tercer estadio, la Directiva ha de hacerse cumplir por los tribunales (“enforcement”).

De este modo, la complejidad inherente de todo este proceso facilita el incumplimiento en cada uno de los diferentes estadios: no transposición o transposición incorrecta³²⁷ o

(petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht dusseldorf, Alemania), *Seda Kückdeveci/Swedex GmbH & Co. KG*. Asunto cuya cuestión principal es en referencia al principio de no discriminación por razón de la edad y la Directiva 2000/78/CE, por lo que la legislación nacional relativa al despido no tiene en cuenta el período de trabajo completado antes de que el trabajador haya cumplido la edad de 25 años para el cálculo de la duración del preaviso. Se trata de normativa nacional contraria a la Directiva y del cometido del juez nacional, (DO C 63 de 13.3.2010, p. 4/4).

³²⁵ De hecho, las principales controversias respecto a la Directiva se dan respecto a: 1) si tienen efecto directo, 2) incertidumbres sobre los efectos que producen dentro de los sistemas jurídicos nacionales, y 3) su transposición y aplicación por los tribunales nacionales.

³²⁶ La traducción literal de “implementation” al castellano es implementación, englobando el fenómeno más amplio de transposición y aplicación de la directiva.

³²⁷ Muchas veces en la transposición de una directiva, para un logro real y efectivo del objetivo perseguido por la misma, puede ser necesario que las obligaciones impuestas vayan mas allá de una

inadecuada³²⁸ de la Directiva; inaplicación o aplicación incorrecta o inadecuada³²⁹; e, incumplimiento o cumplimiento incorrecto o inadecuado³³⁰. Siendo los Gobiernos los primeros en aprovechar a su favor la naturaleza propia de las Directivas, como pone de manifiesto una vez más PRECHAL, S. (pág. 7): *Puede decirse sin exagerar que existe un gran área de “hidden failures” facilitada por parte de los Estados miembros, respecto a los cuales la Comisión no puede resolver de la forma sistemática que una estrategia de éxito, para la salvaguarda del cumplimiento de las directivas, requeriría.* Y continúa este autor diciendo que no es sorprendente que las directivas y, especialmente su cumplimiento tanto a nivel nacional como de la Unión, den lugar a que surjan cuestiones muy complejas, muchas de las cuales queden lejos de resolverse. No puede negarse que el cumplimiento de los derechos a nivel descentralizado se ha convertido en un asunto muy difícil. En particular, si uno toma en consideración las diferentes condiciones y límites que sientan los diferentes estadios para su cumplimiento. *Podemos preguntarnos si este desarrollo o evolución no ha alcanzado tal nivel de sofisticación que el sistema -si existe alguno- es impracticable por los tribunales nacionales y totalmente opaco para el individuo* (PRECHAL, S., pág. 10).

2. Funciones y objetivos

El Derecho de la competencia inicia la liberalización de mercados al abolir los derechos exclusivos de los monopolios legales (art. 106 TFUE), abriendo así dichos mercados a la competencia, y al mismo tiempo provee de un marco legal en el que los mercados y, en

“mera” transposición por parte de los Estados miembros. Como ejemplo, el asunto C-62/00 *Marks & Spencer* (2002) *Rec. I-6325*, en el que el tribunal nacional se fundó en que si un Estado miembro ha transpuesto correctamente las disposiciones de una directiva en la ley nacional los individuos ya no pueden alegar la directiva en cuestión ante los tribunales domésticos. Sin embargo, el TJCE dejó claro que la transposición correcta no agota los efectos de la directiva en cuestión. Puesto que los Estados permanecen vinculados para garantizar la aplicación completa de la directiva incluso después de la adopción de sus medidas, los individuos tienen derecho a confiar en la disposición relevante de una directiva ante los tribunales nacionales cuando quiera que la aplicación completa de la directiva no este, de hecho, garantizada. Así, cuando las medidas nacionales correctamente transpuestas no se aplican de modo que se consiga el resultado buscado por la directiva. PRECHAL, S.: *Directives in EC Law*, OUP, 2ª edición, Oxford, 2005, pag. 51

³²⁸ La directiva puede parecer que se ha transpuesto adecuadamente a primera vista a través de la adopción de legislación nueva que recoge completa y correctamente el tema objeto de la directiva, pero el Estado miembro ha olvidado despejar otras disposiciones que a la postre frustran la aplicación de las medidas de transposición. Así en el asunto *Dekker* (1990) ECR I-3941, se introdujeron nuevas disposiciones y se modificaron otras que no casaban en el contexto mas amplio de la legislación relevante.

³²⁹ En el asunto *Grosskrotzenburg* C-431/92 Comisión c/Alemania, (1995) ECR I-2189, el gobierno alemán alegó que sólo la no transposición y no el no cumplimiento de las directivas ante situaciones individuales puede ser causa de un recurso del art 258 TFUE. El TJCE rechazó este argumento indicando que la Comisión puede poner este recurso cuando el Estado miembro no ha cumplido con sus obligaciones, al no haber logrado en un caso específico el resultado querido por la directiva.

³³⁰ Que evidentemente implica un proceso judicial.

particular, las empresas dominantes son obligadas o convencidas para dirigirse a la consecución de un mercado más competitivo, y evitar bloquear dicho proceso (art. 102 TFUE). Pero aunque la normativa de competencia influye enormemente en el proceso de liberalización, no lo ha hecho sólo, sino en combinación con las directivas comunitarias. Estas últimas eran necesarias o bien porque la liberalización tenía que llevarse a cabo en etapas o porque la desregulación completa no era deseable o también porque el Derecho de la competencia no resolvía ciertos problemas. Las directivas, como hemos visto, se transponen en la legislación nacional de los estados miembros, (generalmente como reglamentos nacionales).

En consecuencia, si el origen de la liberalización de estos mercados se encuentra en la política de competencia basada en la apertura de los mismos, entonces necesariamente el Derecho de la competencia complementa y refuerza la legislación específica sectorial y viceversa. Es política de la Unión que la regulación sectorial sea gradualmente reemplazada por el Derecho de la Competencia. Solo surgirá la necesidad de regular un mercado cuando no exista competencia efectiva en el mismo y el Derecho de la competencia no sea suficiente para remediar los fallos del mercado. La regulación se produce, por tanto, *ex ante*, estableciendo medidas que ordenan el mercado de acuerdo a unos objetivos políticos o económicos. El Derecho de la Competencia vigilará y controlará a posteriori que se cumpla la regulación sectorial (o se aplicará cuando no exista una regulación sectorial).

Generalmente, en los mercados necesitados de regulación se dan dos características: la existencia de barreras a la entrada y expansión persistentes e importantes, ya sean legales, regulatorias o estructurales -y dentro de estas últimas, estratégicas, que propician las posiciones dominantes-; y, la inhabilidad del derecho de la competencia de solucionar adecuadamente los fallos de ese mercado³³¹. Paulatinamente se irá reduciendo la regulación en esa industria en cuestión a medida que se expanda el panorama de competencia efectiva.

Ya hemos visto en el epígrafe anterior que las autoridades de competencia nacionales tienen el deber de aplicar y hacer cumplir los arts. 101 y 102 bajo el Reglamento 1/2003, deber que no tienen los órganos regulatorios. Entre otras cosas, esto implica que las autoridades de competencia tienen un deber de sancionar las medidas legislativas nacionales u otras medidas que restrinjan la competencia. No hemos de olvidar que el Derecho de la Competencia protege la libertad económica y los mecanismos de mercado.

³³¹ CAVE, M. y CROWTHER, P.: "Pre-emptive Competition Policy meets Regulatory Anti-trust", *ECLR*, nº 9, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, págs. 481 a 490.

El análisis antitrust debe tener en cuenta la estructura y las circunstancias de la industria objeto de análisis y, por tanto, la existencia de una regulación sectorial forma parte de ese determinado contexto económico³³². A su vez, la estructura regulatoria debe estar diseñada para, en último lugar, evitar y remediar un daño anticompetitivo.

La legislación regulatoria confiere a los órganos regulatorios, una vez justificado qué se quiere hacer y por qué, la competencia para adoptar medidas diseñadas para alterar las condiciones de un mercado: para controlar el poder de mercado, para remediar fallos de un mercado o para promocionar algún objetivo o producir un cambio, en otras palabras, proporciona el poder de alterar una situación legal existente, aunque siempre con el respeto a las normas generales de competencia del Tratado.

De este modo, la regulación no tiene la función de evidenciar que una conducta es ilegal bajo la legislación en vigor (como hace el derecho antitrust), sino que ciertos tipos de conductas no son consideradas deseables por determinadas razones. De este modo, los poderes regulatorios son más amplios y más flexibles que los poderes bajo el Derecho de la Competencia, por lo que han de sujetarse a requisitos y límites sustantivos y procedimentales. Además, teniendo en cuenta que una medida regulatoria estará probablemente basada en una política más que en estrictas consideraciones de competencia, estará sujeta a una revisión judicial menos severa, lo que implica que los procedimientos de los órganos regulatorios necesitan de mayor garantía o protección.

Por ello, los poderes regulatorios están limitados por el Derecho comunitario. Algunos de estos límites se encuentran en las mismas directivas, que definen lo que pueden hacer los reguladores. Estas limitaciones se dirigen en primer lugar a evitar la sobre-regulación y las

³³² En los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmaeketikon Proïonton*, antes *Glaxowellcome AEVE*, (Rec. 2008 página I-7139), la cuestión prejudicial que plantea Efeteio Athinon (Grecia) es si la aplicación de las normas de libre competencia variaría si se tomasen en cuenta las especiales características del mercado farmacéutico y en particular, la intervención estatal de precios y obligación legal de abastecimiento. A lo que, en conjunto, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de septiembre de 2008 respondió afirmativamente, en el sentido de que el control que ejercen determinados Estados miembros sobre los precios de venta o de reembolso de los medicamentos no sustrae por completo los precios de esos productos de la ley de la oferta y la demanda, de modo que si bien es cierto que el grado de regulación de los precios en el sector de los productos farmacéuticos no puede excluir la aplicación de las normas comunitarias de competencia, no lo es menos que, en los Estados miembros que cuenten con un sistema de fijación de precios, la intervención estatal es uno de los factores que pueden crear oportunidades para el comercio paralelo. Las normas de competencia no pueden interpretarse, sin embargo, en el sentido de que la única opción que tiene una empresa farmacéutica dominante para defender sus propios intereses comerciales es no comercializar en absoluto sus medicamentos en un Estado miembro en el que los precios de éstos se fijan a un nivel relativamente bajo.

medidas proteccionistas. Otras limitaciones resultan de principios de la legislación de la UE, como ya hemos visto. Así, los órganos regulatorios no deben restringir la libertad de las compañías para competir, excepto cuando se dé un propósito identificado en interés general usando medios que no restrinjan más de lo necesario para lograr ese propósito (i.e. cuando el art. 106-2 TFUE viene en aplicación).

En suma, los objetivos del Derecho de la Competencia se centran en prevenir restricciones de la competencia en un mercado, en contraste con los objetivos regulatorios que vienen a solucionar los fallos de mercado y/o a introducir o hacer un mercado mas competitivo, a través de la desregulación o de la liberalización del mismo. Puntualizo: cuando en un mercado no existen posiciones dominantes o monopolistas y, por tanto, no hay ningún fallo que solucionar, no pueden imponerse obligaciones *ex ante* a ningún competidor; sí será de aplicación *ex post* el Derecho de la competencia si se producen prácticas anticompetitivas, (pues se trataría de aplicar el Derecho en vigor)³³³.

3. Metodología

Ahora bien, como la regulación viene a solucionar los fallos de un mercado en el que no se da una competencia efectiva, los conceptos y métodos que usan las autoridades de regulación son los propios del Derecho de la Competencia. Un ejemplo, la definición de un “mercado” (al que se pretende aplicar medidas regulatorias) se hace de acuerdo a principios de Derecho de la competencia³³⁴. De ahí, que en muchos casos, ésta sea otra de las razones, por las que es muy difícil distinguir entre regulación y Derecho de la Competencia.

³³³ Por ello, en el ámbito de la DRE/EFD es muy difícil justificar la imposición de un deber de acceso a una empresa y sólo puede exigirse cuando el recurso sea tan esencial que la negación de dicho acceso constituya una infracción anticompetitiva. Mientras que en el ámbito regulatorio solamente hay que introducir este deber de acceso en una directiva, para que dándose las condiciones expresadas, se imponga esta obligación.

³³⁴ Véase cómo se define el mercado relevante en el capítulo siguiente epígrafe IV. 3.1. Otro ejemplo nos lo proporciona el art. 14 (2) de la Directiva Marco 2002/21 “*relativa a un marco regulatorio común para redes y servicios de comunicaciones electrónicas*” cuando define, dentro del marco regulatorio que sienta para el sector de las comunicaciones electrónicas, la empresa con “poder significativo de mercado” o SMP (“significant market power”: “*Se entenderá que una empresa tiene SMP si, individualmente o conjuntamente con otras empresas, disfruta de una posición equivalente a la dominancia, esto es, una posición de fuerza económica que le permite comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores*”. Tal definición es idéntica a la definición generalmente adoptada de posición dominante establecida y repetida por el TJCE (concretamente, en la sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche*, parr. 38, confirmada en sentencias posteriores), asegurando, como principio, un avance hacia la convergencia y aproximación del Derecho de la competencia y regulación. Definición que también recoge la Comunicación de 9 de diciembre de 1997 *sobre la definición del Mercado relevante*, en su punto 10, que veremos en el siguiente capítulo. Otro ejemplo en el ámbito ferroviario lo constituye la Directiva 2001/14, ya analizada en el capítulo anterior, que considera a la infraestructura ferroviaria como un “monopolio natural”, (Considerando 14 de la Directiva).

Los mercados definidos con arreglo a la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE suelen serlo *ex post* una vez cometida la infracción, por lo que se consideran los acontecimientos que ya hayan tenido lugar en el mercado y dicho análisis no debe estar influido por su posible evolución futura. Por el contrario, los mercados definidos a efectos de regulación sectorial se evaluarán siempre con carácter prospectivo, ya que las autoridades de regulación harán una apreciación de la evolución futura del mercado. Pese a ello, tendrán en cuenta los testimonios del pasado, cuando resulten pertinentes, a la hora de evaluar las perspectivas futuras de ese mercado. Por tanto, el punto de partida en un análisis de regulación no es la existencia de un acuerdo o práctica concertada con arreglo al art. 101, ni una concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones, ni una supuesta explotación abusiva según el art. 102 TFUE, sino que se basará en una evaluación global prospectiva de la estructura y funcionamiento del mercado objeto de examen. Aunque las autoridades nacionales de regulación y las de competencia, al examinar los mismos asuntos en las mismas circunstancias y con la misma metodología, deberían llegar, en principio, a las mismas conclusiones, no se excluye que dadas las diferencias, y en particular, la mayor amplitud de la evaluación de las autoridades de regulación, los mercados definidos a efectos de la legislación sobre competencia y a efectos de regulación sectorial no sean siempre idénticos. Desde mi punto de vista, esto debe ser así debido a la diferencia de medios y fines de una y otra normativa, pero algunos autores indican que ambas perspectivas deben tener los mismos fines³³⁵.

Y ello porque por misma metodología de análisis, si bien deben acogerse las mismas definiciones que ha establecido el Derecho de la competencia, como hemos visto, así como los mismos textos en donde se recogen esas definiciones, y los principios que informan dichas definiciones, la finalidad última en un mercado es que se aplique únicamente el derecho de la competencia, pero mientras no se den unas ciertas condiciones de competencia efectiva, se aplicarán una serie de mecanismos correctores en forma de regulación.

Una nueva regulación que atribuya nuevas competencias a un órgano regulatorio, recién creado además a propósito de la misma, supone la aplicación de una normativa sobre la que, en principio, dicho órgano no tiene experiencia y, cuya aplicación tradicionalmente se reservaba a las autoridades de competencia. Un ejemplo lo podemos ver en las Directrices

³³⁵ En “El modelo de análisis prospectivo en el sector de las telecomunicaciones. El peligro de examen dual”, pp. 157 a 170, en BENEYTO PEREZ, J.M. (Dir) y MAILLO GONZALEZ-ORUS, J. (coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial* Instituto de Estudios Europeos, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, nota al pie 16.

para el mercado de las telecomunicaciones electrónicas³³⁶, en su punto 1.3, apartado significativamente titulado “Relaciones con la legislación sobre competencia”. Dentro de dicho apartado, el párrafo 24 es interesante de reproducir aquí porque ejemplifica además la utilización de la metodología propia del Derecho de la Competencia:

“Con arreglo al marco regulador, la definición de los mercados y la evaluación del poder significativo de mercado se llevarán a cabo utilizando las mismas metodologías que con arreglo al derecho de la competencia. Por consiguiente, la definición de... los mercados... y la evaluación de la existencia de competencia efectiva por las Autoridades Nacionales de Regulación deben ser coherentes con la jurisprudencia y la práctica en materia de competencia. Para garantizar tal coherencia, las Directrices se basan en (1) la jurisprudencia del TPI y el TJCE en relación con la definición de mercado y el concepto de posición dominante en el sentido del art. 82 TCE y el art. 2 del Reglamento de control de concentraciones, (2) las Directrices para la aplicación de las normas de competencia comunitarias en el sector de las telecomunicaciones, (3) la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria de competencia, (4) la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las comunicaciones.”

Un aspecto a tener en cuenta son las diferencias en el nivel de apertura a la competencia entre Estados; por ejemplo, es razonable pensar que se produzca la imposición de obligaciones regulatorias *ex ante* a oligopolios en ciertos Estados miembros donde exista poca competencia, mientras que en otros no sea necesaria porque la competencia está suficientemente desarrollada y sólo proceda el control *a posteriori* del Derecho de la competencia³³⁷. De este modo, las circunstancias y objetivos en uno y otro mercado nacional hacen distinta la definición de ‘poder significativo de mercado’ en su contexto

³³⁶ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DOCE C 165 de 11.7.2002). También es importante la Recomendación de la Comisión de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, COM (2007) 5406 de 28.12.2007.

Por su parte, NIHOUL, P.L.G.: “Comment: the opposition between competition and regulation, some nuances”, en Ullrich, H., *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, 2006, Ascola, pag. 302, dice: *En contraste, las Directivas adoptadas por el Consejo y PE en el sector de las comunicaciones electrónicas proveen un buen ejemplo de cómo funciona la regulación. Estas Directivas permiten a las autoridades nacionales regulatorias introducir obligaciones relativas al acceso a dichos mercados antes de que los operadores en el mercado adopten prácticas abusivas. De este modo, en el marco de la regulación, no hay necesidad de esperar a que se cometa un abuso para que las autoridades impongan determinadas obligaciones.*

³³⁷ Por ejemplo, como hemos visto en el capítulo anterior, en el ámbito ferroviario el mercado británico es uno en los que el nivel de apertura a la competencia está más desarrollado.

regulatorio de la definición de ‘posición dominante’ bajo el Derecho de la competencia. Asimismo, en el análisis general de las medidas regulatorias establecidas para el sector de las comunicaciones electrónicas, es de puntualizar, a la luz de su regulación, que el concepto de ‘poder significativo de mercado’ no está, sin embargo, basado en ningún enfoque claro del concepto de poder de mercado ni del modelo o política de competencia a lograr. Ello porque, en muchas ocasiones, los órganos regulatorios, no sólo no tienen experiencia en la aplicación del Derecho de la competencia, sino que desconocen los principios que lo informan o que habrán de regir en dicho mercado una vez que llegue a ser competitivo.

En conclusión, ante situaciones monopolísticas o de importante poder de mercado se plantea qué camino seguir, si regulación sectorial o la aplicación del Derecho de la Competencia. Ante la ausencia de tal poder de monopolio, la regulación sectorial no es deseable y cuando existe debe ser sustituida por el Derecho de la Competencia en cuanto sea posible. Incluso cuando exista un poder de mercado significativo, puede bastar con el Derecho de la Competencia para tratar los problemas del mercado, sin tener que acudir a la imposición de medidas regulatorias, así como cuando a pesar de la existencia de un importante poder de mercado, la competencia por parte de los competidores es tan efectiva que la situación es mejor controlarla bajo el Derecho antitrust. La tarea de las autoridades de competencia es proteger la competencia, mientras que es responsabilidad del regulador promocionar la competencia.

IV. DESREGULACION Y LIBERALIZACION

1. Desmantelamiento de los monopolios históricos

En general, los sectores económicos o industriales de la Unión que han venido a desregularse constituían mercados fuertemente regulados por la legislación nacional, la cual restringía la competencia y creaba barreras a la entrada en el mercado nacional, en muchos casos, estableciendo monopolios legales. Se diseñaron las directivas comunitarias europeas con el fin de deshacer la regulación nacional, minimizando las reglas en el mercado y promocionando la competencia, al mismo tiempo que se armonizaba la regulación de dichos sectores económicos para el mercado interior de la Unión. Sin embargo, la regulación puede ser necesaria, especialmente en mercados imperfectos, con el objetivo de facilitar la entrada de nuevos competidores a ese mercado, para promocionar la

competencia en industrias de red o en los servicios que se ofrecen en esa red, para promocionar la inversión y regular los beneficios, para asegurar el mantenimiento de un servicio universal o público, para establecer un nivel de calidad o de seguridad en interés de los consumidores, para unificar estándares técnicos, etc³³⁸. Es misión del Derecho de la competencia mantener la competencia, pero no es su misión introducirla o solucionar defectos o fallos en un mercado.

Cuando los monopolios legales han sido desmantelados, ya sea a través de directivas comunitarias o a través del Derecho de la Competencia comunitario, -en este último caso cuando se produce una infracción del Derecho de la competencia-, se presentan otra serie de problemas que han de resolverse bajo el Derecho de la competencia, y que irremediablemente surgen porque es económicamente lógico para los ex monopolios abusar de su todavía importante poder de mercado³³⁹.

Algunas empresas dominantes, muchas de ellas todavía estatales (recordemos que el Tratado no prohíbe las empresas de propiedad estatal), intentan defenderse de la competencia, en ocasiones a través de abusos anticompetitivos, y por lo tanto, contrarios al

³³⁸ Como hemos podido ver en el capítulo anterior, todos los objetivos nombrados aquí son objetivos de la regulación comunitaria que se ha emprendido desde 1990 para el sector ferroviario en la Unión, lo que, a la postre, pone en evidencia la complejidad de este sector, que es uno de los sectores respecto al cual se han adoptado mayor número de directivas, incluso agrupándolas en “paquetes”.

³³⁹ Véase la Decisión de la Comisión 2003/707/EC de 21 Mayo 2003, *Deutsche Telekom*, DOCE [2003] L 263/9, como ejemplo de que la Comisión mantuvo que las tarifas de acceso tan altas impuestas por Deutsche Telekom a sus competidores constituía una violación del art. 82 TCE en forma de un “estrechamiento de márgenes”, a pesar del hecho de que las tarifas de acceso máximas habían sido aprobadas por la autoridad nacional regulatoria, en conformidad con las directivas aplicables. La Decisión fue recurrida por Deutsche Telekom, dando lugar al asunto T-271/03, en el que el Tribunal General en su sentencia de 10 de abril de 2008 puntualizó que el hecho de que los precios tuvieran que ser aprobados por la Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correos alemana no eliminaba su responsabilidad sobre el cumplimiento del Derecho comunitario. Como empresa en posición de dominio, Deutsche Telekom estaba obligada a presentar solicitudes de modificación de sus tarifas cuando perjudicaran el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común. Finalmente, el Tribunal también indicó que las decisiones de las autoridades nacionales con relación al Derecho de las telecomunicaciones no afectan al poder de la Comisión para juzgar las infracciones al Derecho de la competencia. Por tanto, la Comisión no puede ser acusada de introducir, por medio del castigo impuesto a esta empresa, una doble regulación de la política de precios de Deutsche Telekom. Por su parte, Geradin, D.: ‘Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can the EU Learn from the US Supreme Court’s Judgment in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*?’’, *CMLR* 1519-1553, 2004, respecto a la Decisión de la Comisión puntualiza que la aplicación de las reglas generales de competencia, tales como el Art. 82 TEC y la DRE/EFD (doctrina de los recursos esenciales), por encima y además de la regulación sectorial específica puede constituir un instrumento útil para mantener los sectores implicados funcionando sin problemas. Compárese con TEMPLE LANG, J. ‘European Competition Policy and Regulation: Differences, overlaps and constraints’, *Tercera Conferencia Antitrust*, organizada por Ecole des Mines de Paris (CERNA: Centre for Industrial Economics) y Universidad de California en Berkeley (BCLT: Berkeley Centre of Law and Technology), Paris, 12 a 13 de enero de 2006, disponible en http://www.cerna.ensmp.fr/cerna_regulation/Documents/Antitrust2006/Temple-Lang.pdf, quien dice que debería darse tan poca interacción como sea posible entre mercados

art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Las oportunidades para la comisión de estos abusos están al alcance de la mano, ya que muchos de los nuevos competidores necesitan entablar relaciones contractuales con las empresas dominantes que les permitan el acceso o la comunicación con los clientes de la empresa dominante. Además, se ha dado el caso de que muchas de estas entidades dominantes, con el fin de prepararse para afrontar la nueva competencia, iniciaron procesos de fusiones o “joint ventures”³⁴⁰, que a menudo escondían efectos o propósitos restrictivos, y que por el tamaño que adquirirían las empresas se revisaban bajo el art. 101 o el Reglamento de control de concentraciones, y cuando no era así, caían bajo la legislación nacional de competencia, que no siempre estaba bien preparada para resolver las cuestiones que surgían.

Los tradicionales monopolios públicos nacionales mantienen posiciones de dominio en muchos de los mercados abiertos ahora a la competencia. La liberalización progresiva que se está llevando en la UE en estos mercados no provoca la entrada automática de nuevos operadores. En estos mercados la relevancia de las economías de escala, la magnitud de los costes hundidos, etc³⁴¹ representan importantes barreras de entrada. En determinados aspectos la normativa regulatoria es más ambiciosa que el derecho de la competencia, puesto que trata de eliminar monopolios heredados por el/los sucesor/es de la empresa histórica.

2. Medidas regulatorias

La regulación puede suponer la imposición de nuevas obligaciones o medidas. Puesto que la función del Derecho de la Competencia es poner fin a acciones ilegales ya identificadas,

regulados de una parte, y la legislación de competencia primaria, por otra.

³⁴⁰ A modo de ejemplo cito SENADO, Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII Legislatura – “Informe de la Ponencia de estudio sobre la política de transporte de mercancías por ferrocarril, aprobado por la Comisión de Fomento y Vivienda en su sesión del día 29 de octubre de 2007 (543/000018). Boletín General, serie I, nº 822, 14 nov. 2007, pag. 9: “Además, los nuevos entrantes están llevando a cabo alianzas entre ellos que les permiten competir con los operadores nacionales ya existentes y posicionarse de forma importante en algunos mercados”. Asimismo, NARINGSLIV, S.: “Transport Policy – Goods by rail. The way to an open European market”, Estocolmo, sept. 2002, pag. 8: “En el mercado ferroviario de hoy, están tomando lugar fusiones y alianzas entre operadores de transporte bien establecidos. Un ejemplo es el establecimiento de Railion, que se formó por la concentración de divisiones de carga de los ferrocarriles germano y danés. Deutsche Bahn es el propietario mayoritario y también ha comprado la división de carga del ferrocarril danés. Es, por tanto, esencial garantizar el principio de libre acceso para un gran número de operadores. Un escenario amenazador sería un mercado europeo totalmente dominado por una o dos empresas. Otros operadores ferroviarios funcionarían entonces como empresas al servicio de las dominantes y el mercado se cerraría en un oligopolio. La emergencia de nuevas barreras dificulta el establecimiento de nuevos operadores y, las tendencias a la monopolización deben ser prevenidas. Los efectos de las concentraciones, en ambos niveles nacional y europeo, han de ser examinados”.

³⁴¹ Factores que se verán con detenimiento en el siguiente capítulo. Véase también la siguiente

mientras que la regulación sienta las condiciones para alterar una situación existente, que es enteramente legal, para promocionar objetivos regulatorios, es obvio que las medidas regulatorias están disponibles con mayor laxitud que bajo la legislación de competencia, aunque, sean, de hecho, o similares o las mismas, y que dichas medidas pueden ser impuestas *ex ante* (o incluso *ex post*) por las autoridades de regulación. En consecuencia, sin olvidar que formalmente órganos regulatorios y autoridades de competencia hacen cumplir diferentes normas legales, la línea divisoria entre ambos tipos de medidas, es decir, aquellas que se aplican bajo el Derecho de la competencia y las que se aplican bajo regulación, no es clara, incluso aunque el régimen regulatorio haya sido objeto de una planificación detallada. Normalmente, dichas obligaciones o medidas vienen predeterminadas en las Directivas. En general, las medidas se pueden agrupar en dos grupos: de acceso a infraestructuras y de precios. En cuanto a algunas obligaciones o medidas regulatorias típicas que se pueden imponer a las empresas:

- ☐ Contabilidad separada
- ☐ Precio orientado al coste
- ☐ Obligación de transparencia
- ☐ Acceso obligatorio
- ☐ No discriminación

Concretamente, las dos últimas, que seguidamente vamos a analizar, son también medidas propias del Derecho de la competencia que se aplican si se cumplen una serie de requisitos, cuyo desarrollo trataremos en el capítulo IV, y que específicamente, se dan respecto a la DRE/EFD.

No es ningún secreto que en las directivas de liberalización de sectores económicos tradicionalmente monopolísticos, la Comisión ha apostado por la imposición a la empresa dominante o pública de que garantice el acceso no discriminatorio a los competidores a infraestructuras esenciales como modo de introducción de la competencia en un mercado. Así, se impone el acceso a la infraestructura ferroviaria, a las redes de telecomunicaciones, a las redes de distribución eléctricas o de gas, etc. Desplazando así un remedio propio de Derecho antitrust ante una infracción anticompetitiva, bajo los estrictos requisitos de la DRE/EFD, a una medida regulatoria de acceso establecida a priori, sin que se haya cometido antes una infracción del Derecho de la competencia, pero con el fin de la introducción de competencia en un mercado. En otras palabras, se introduce en la regulación como norma general una medida excepcional que solo se aplicaría, bajo estrictas

nota al pie.

condiciones, cuando una empresa en posición de dominio, sin justificación objetiva, niega el acceso a sus recursos a un competidor que necesita para su viabilidad comercial sino se quiere que la competencia en dicho mercado sea eliminada o importantemente restringida.

A) acceso obligatorio

□ Respecto al acceso obligatorio, hemos de partir del axioma de que el acceso efectivo a las industrias de infraestructura es esencial para la introducción de la competencia en un mercado³⁴². Pero la imposición a determinadas compañías de la necesidad de garantizar a sus competidores y clientes el acceso viene a ser una medida de intervención estructural directa (que puede tener una naturaleza de potestad reglamentaria). ¿Hasta dónde se puede llegar en dicha imposición? ¿Puede requerirse directamente a una empresa que adopte medidas que promocionen la competencia, o incluso imponerle que aumente su capacidad con el fin de dar acceso a sus propios competidores?³⁴³ ¿Hasta qué punto está obligada dicha empresa?

³⁴² Dentro del Derecho de la Competencia es clarificador aquí reproducir de la Sección 8: “Condiciones Generales de los mercados afectados” del Reglamento 802/2004 de la Comisión de 21 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133 de 30.4.2004, p. 1), (modificado por el Reglamento 1792/2006 de la Comisión de 23 de octubre de 2006 (DO L 362 1 20.12.2006)), lo que dice del Acceso al mercado en el punto 10, relativo a los distintos factores que influyen en el acceso a los mercados, examinando dicho acceso desde los puntos de vista geográfico y de los productos. Para el acceso a un determinado mercado se tiene que tener en cuenta lo siguiente:

a) los costes totales de acceso (investigación y desarrollo, producción, creación de sistemas de distribución necesarios, promoción, publicidad, mantenimiento, etc.) en una escala equivalente a la de un competidor viable y significativo, indicando la cuota de mercado del mismo;

b) cualesquiera barreras legales o reglamentarias de acceso al mercado, como la exigencia de una autorización oficial o la existencia de normas específicas de cualquier tipo, así como las barreras derivadas de los procedimientos de certificación de productos o de la necesidad de labrarse una buena reputación en el mercado;

c) cualesquiera restricciones derivadas de la existencia de patentes, conocimientos técnicos (know-how) u otros derechos de propiedad intelectual e industrial en estos mercados, y cualesquiera restricciones derivadas de la concesión de licencias sobre tales derechos;

d) hasta qué punto cada una de las partes de la operación es titular, licenciataria o licenciante de patentes, conocimientos técnicos u otros derechos en los mercados de referencia;

e) la importancia de las economías de escala para la fabricación o distribución de productos en los mercados afectados; y f) el acceso a las fuentes de suministro (por ejemplo, la disponibilidad de las materias primas y de las infraestructuras necesarias).

³⁴³ Dentro de los objetivos de regulación y como función de un regulador puede estar el de fomento de la competencia, pero obviamente tal función, en principio, no debe trasladarse a una empresa. Sin embargo, como TEMPLE LANG, J. puso de manifiesto, en una investigación bajo el Derecho de la competencia, la Comisión exigió a ENI que suministrara volúmenes importantes de gas a clientes localizados fuera de Italia durante un periodo de mas de 5 años, a aumentar la capacidad en sus tuberías de distribución usadas para transportar gas ruso destinado al mercado italiano, y a ofrecer un régimen de acceso mejorado a terceros facilitando el uso de la tubería de tránsito. Esto venía a constituir la exigencia de mejora en la estructura de un mercado, lo que la Comisión no podía hacer, además, bajo los arts. 81 y 82 TCE. En “European competition policy and regulation: differences, overlaps and constraints”. Tercera Conferencia Antitrust, organizada por Ecole des Mines de Paris (CERNA: Centre for Industrial Economics) y Universidad de California en

Viene al caso por ser un sector económico que también se ha sometido a desregulación y apertura a la libre competencia, dentro del sector de las comunicaciones electrónicas, el nuevo marco regulatorio que se estableció en 2002. El art. 8.2 de la Directiva marco³⁴⁴ sí que requiere de las autoridades de reglamentación nacionales el fomento de la competencia³⁴⁵.

Siguiendo dentro de este mercado³⁴⁶, a modo de ejemplo, la regulación, a través de la Directiva 2002/19 relativa al “Acceso y la interconexión de las redes de comunicaciones electrónicas e instalaciones asociadas”³⁴⁷, dota de poder a las autoridades de regulación nacionales para imponer obligaciones de acceso a instalaciones o servicios específicos, *cuando al denegarse dicho acceso se pueda impedir la emergencia de un mercado minorista o secundario competitivo y sostenible o ir en contra de los intereses del usuario final* (art. 12). Aparte de la inseguridad que genera la amplitud interpretativa de ambas condiciones, lo que haya de entenderse por las mismas, pero especialmente por ‘los intereses del usuario final’, puede dar lugar a un intervencionismo regulatorio muy amplio y extenso. Pero el verdadero problema reside en que esta obligación de acceso es la misma, aunque significativamente más amplia, que la que se aplica bajo la DRE/EFD dentro del Derecho de la Competencia. Sin embargo, la medida regulatoria no va acompañada de los requisitos que se exigen para aplicar la DRE/EFD en el marco del derecho de la competencia: (en breve, puesto que la DRE/EFD será tratada en profundidad en los dos últimos capítulos) se ha de valorar que la instalación o recurso sea esencial y que dicho recurso o instalación no pueda ser duplicado de manera física o económicamente viable. Son requisitos que no se exigen para la aplicación de la medida bajo el paraguas regulatorio, lo que lo hace menos riguroso³⁴⁸, y por tanto, menos sujeto a control. Un órgano regulatorio, si detenta la competencia necesaria bajo su legislación aplicable, puede imponer un deber de acceso preferente y fijar las condiciones de acceso con precisión, únicamente sujeto a revisión

Berkeley (BCLT: Berkely Centre of Law and Technology), París, 12 a 13 de enero de 2006, pag. 32.

³⁴⁴ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

³⁴⁵ No hemos de olvidar que, bajo el Derecho de la Competencia, la obligación de una empresa dominante es negativa, es decir, se castiga la restricción de la competencia y por tanto, surge un deber de no distorsionar o restringir la competencia de un mercado, y no es afirmativa, como lo sería el deber de promocionar la competencia.

³⁴⁶ Otro mercado liberalizado es el del gas, ya que el acceso a las redes de transporte de gas es esencial. Este sector se ha liberalizado con menor regulación que el de las comunicaciones electrónicas. Es significativa la Directiva 2003/55 de 26 de junio, relativa a las “*reglas comunes para el mercado interno de gas natural y derogatoria de la Directiva 98/30*”, (DO L 176/57, 2003)

³⁴⁷ Directiva 2002/19 relativa al “Acceso y la interconexión de las redes de comunicaciones electrónicas e instalaciones asociadas”, DO L 108/7, 2002.

³⁴⁸ Y por tanto, se da el riesgo de que se abra la puerta a un excesivo intervencionismo regulatorio. Ver en este sentido, CAVE, M. y CROWTHER, P.: “Competition Law approaches to regulating access to utilities: the essential facilities doctrine”, *Rivista Internazionale di scienze sociali*,

judicial por parte de un tribunal administrativo³⁴⁹.

En contraste, para el caso de que se plantee el acceso a un recurso esencial, una autoridad de competencia debe determinar si las condiciones para imponer el acceso bajo el Derecho de la competencia se cumplen, y luego determinar los términos del acceso si es necesario. El hecho de que habría más competencia en un mercado secundario si el dueño o gestor de una infraestructura necesaria e importante diera acceso libre a la misma bajo condiciones no discriminatorias no confiere a una autoridad de competencia el poder de ordenar dicho acceso. Que el acceso sea obligatorio sólo puede ser ordenado bajo el Derecho de la Competencia si la negativa de acceso es ilegal (bajo el art. 102 TFUE) y si es el remedio apropiado y proporcionado a la conducta ilegal.

Por tanto, en general, no podría usarse el Derecho de la Competencia para llevar a cabo cambios estructurales en un mercado dado, ni siquiera aunque promuevan la competencia, a no ser que sea el único remedio apropiado para poner fin a una infracción ilegal identificada. Y del mismo modo, consecuentemente, una autoridad de competencia no tiene poder para regular la conducta de las empresas, alentar la entrada al mercado de nuevos operadores, evitar las ganancias excesivas, subvencionar la inversión o cualquier objetivo económico presumiblemente deseable, como también regular o fijar los precios, aunque, en este último caso, sí que tiene el deber de indicar si un precio es discriminatorio, predatorio o excesivo.

B) Obligación de no discriminación

Por otro lado, en cuanto a la obligación de no discriminación, en ausencia de la separación estructural, en casos de integración vertical las empresas se sienten inclinadas a discriminar a su favor y en contra de sus competidores en el mercado secundario, en forma de abusos anticompetitivos. Tales prácticas pueden llevarse a cabo a través de denegación de acceso a una red o infraestructura, discriminación o precios excesivos, compresión o estrechamiento de márgenes, incapacidad de relacionar debidamente los precios a los costes, diferencias en la calidad o sabotaje, falta de garantía para suministrar información

Milan, Año 103, n°1, marzo 1995, pp. 141-157.

³⁴⁹ Dice STOCKMANN, K.: "Comment", Ullrich, H. (Dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, 2006, Ascola, Munich, pag. 267: *Como la mayoría de comentaristas han puesto de manifiesto, la regla de acceso de terceros a una infraestructura tiene orígenes antitrust: siempre que la red de suministro (de electricidad) no sea duplicable y que su uso sea un input indispensable para los competidores en mercados relacionados, un deber de dar acceso se impone al operador del recurso con el fin de que los competidores puedan entrar al mercado y dar servicio a los clientes finales. En otras palabras, la EFD se ha convertido en la piedra angular de la liberalización de los mercados de la electricidad.*

vital, etc. Desde luego, tal obligación de no discriminación encajaría dentro de los ejemplos de abusos del art. 102 del TFUE, en particular: *“Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: ...c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;”*

Así, por ejemplo, un organismo nacional regulatorio dentro del mercado de las telecomunicaciones puede imponer obligaciones de no-discriminación en relación con el acceso a redes o infraestructuras e interconexión, garantizando condiciones equivalentes ante prestaciones similares a otras empresas que suministren servicios similares en el mercado secundario, y servicios e información bajo las mismas condiciones y con la misma calidad con la que la empresa con poder significativo de mercado provee a su propio operador para sus propios servicios, o aquellos de sus subsidiarios o socios.

También el sector postal ha sufrido un proceso de apertura similar con la transición a la competencia de los monopolios existentes en los Estados miembros a través de regulación en forma de Directivas. La más importante es la Directiva 2002/39 del PE y del Consejo, de 10 de junio de 2002, por la que se modifica la Directiva 97/67 con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad³⁵⁰. Como veremos mas detenidamente en el capítulo siguiente, las barreras de entrada pueden tener su origen en la posición consolidada de que disfrutaban las empresas ya presentes en el mercado, ya sea por la experiencia y reputación que detentan y que impide a nuevos operadores competir efectivamente³⁵¹. Sin embargo, no es el mercado postal un mercado de especial particularidad o complejidad que posibilite importantes barreras a la entrada, lo que ha diferenciado sustancialmente la liberalización de los mercados postales de otros mercados en proceso de liberalización, como el ferroviario, que es enormemente complejo.

Puesto que la función del Derecho de la Competencia es poner fin a acciones ilegales ya identificadas, mientras que la regulación sienta las condiciones para alterar una situación existente, que es enteramente legal, para promocionar objetivos regulatorios, es obvio que las medidas regulatorias están disponibles con mayor laxitud que bajo la legislación de competencia, aunque, sean, de hecho, o similares o las mismas, y que dichas medidas pueden ser impuestas *ex ante* (o incluso *ex post*) por las autoridades de regulación. En

³⁵⁰ DO L 176 de 5 de julio de 2002, págs. 21 a 25.

³⁵¹ Es el caso de Correos que domina el mercado de la correspondencia. En España la transposición a la normativa interna de la Directiva postal se llevó a cabo por la Ley 24/1998, de 13 de julio, *del Servicio Postal Universal y de liberalización de los servicios postales*. Una barrera legal en el mercado postal español es la ausencia de un verdadero regulador independiente, lo que podría dificultar el correcto funcionamiento del mercado. La Ley postal (art. 37.3) prevé la creación de este órgano regulador, pero adscrito a la Subsecretaría de Fomento.

consecuencia, sin olvidar que formalmente órganos regulatorios y autoridades de competencia hacen cumplir diferentes normas legales, la línea divisoria entre ambos tipos de medidas, es decir, aquellas que se aplican bajo el Derecho de la competencia y las que se aplican bajo regulación, no es clara, incluso aunque el régimen regulatorio haya sido objeto de una planificación detallada. Tampoco ayuda el que el Derecho de la competencia, en general, no se haya desarrollado desde un principio como un cuerpo doctrinal sistemático y cerrado en sí mismo, sino que se ha ido desarrollando para dar respuesta a problemas que iban surgiendo, en forma de precedentes no planificados, puntualizados ocasionalmente por legislación o por directrices.

Una cuestión relacionada con la obligación de no discriminación, son las condiciones de acceso a un determinado recurso o infraestructura. Las autoridades de regulación pueden imponer obligaciones nuevas o adicionales, y por esta razón, son obligaciones definidas con precisión *a priori*. Una autoridad de competencia, que generalmente no tiene potestad para crear nuevas obligaciones, cuando tiene que imponer condiciones precisas de acceso a un nuevo operador con el fin de resolver una disputa en el marco de una infracción anticompetitiva, a menudo desconoce qué condiciones establecer y tiene que confiar en un análisis comparativo basado en la no-discriminación hacia otros competidores para poder establecer unas condiciones precisas y adecuadas de acceso. Sin embargo, cuando surja una cuestión de acceso por vez primera o no haya una base para poder comparar, la obligación de no-discriminación no tiene ninguna aplicación práctica³⁵². En pocas palabras, establecer las condiciones de acceso a un recurso por primera vez es difícil cuando no se tiene una comparativa, de modo que la obligación de no discriminación queda vacía de contenido.

3. Diferentes ámbitos de aplicación

Si organismos regulatorios y autoridades de competencia tienen, como hemos visto, objetivos parcialmente comunes y usan comúnmente conceptos y metodología propios del Derecho de la Competencia, ¿por qué han de mantenerse en ámbitos diferentes?

Para dar respuesta a esta pregunta es importante entender, ante todo, que si bien su objetivo común es que los mercados sean competitivos, la regulación es el medio para la introducción y fomento de la competencia solucionando los fallos de ese mercado e

³⁵² Como dice TEMPLE LANG, J. en “European competition policy and regulation: differences, overlaps and constraints”. Tercera Conferencia Antitrust, organizada por Ecole des Mines de Paris (CERNA: Centre for Industrial Economics) y Universidad de California en Berkeley (BCLT: Berkely

introduciendo medidas regulatorias *ex ante*, mientras que el Derecho de la Competencia se encarga del control *ex post* y del castigo de las infracciones anticompetitivas. En el ámbito de sus respectivas funciones, las cuales determinan sus atribuciones y competencias, ambos organismos no pueden excederse. Bien entendido que ello no debe coartar tampoco la cooperación mutua cuando sea necesaria. La principal razón es que estamos ante áreas totalmente diferentes: la regulación dimana de la potestad ejecutiva, el Derecho de la competencia puede tener un fin judicial. Y esta primera característica general determina sus diferentes atribuciones y competencias, y a la postre, sus diferentes funciones y medios para su consecución. Sin embargo, ello no quiere decir que tenga que existir una contraposición o enfrentamiento, eso sí, respetando y complementándose uno y otro ámbito, incluso es recomendable la colaboración.

El posible conflicto puede darse porque es más fácil usar el Derecho de la competencia para eliminar las características o fallos anticompetitivos de un mercado porque los procedimientos regulatorios son más engorrosos y porque la regulación que se adopta impone obligaciones solamente desde el momento de su adopción y no retroactivamente, como el Derecho de la Competencia. Y es que el Derecho de la Competencia ya está disponible, es más fácil y más efectivo, no implica tener que empezar por discutir toda una nueva política con los procedimientos de consulta pública a los agentes implicados del mercado y las justificaciones de interés público sectorial que ello conlleva. Sin embargo, el peligro que trae consigo esta intromisión de los reguladores en el ámbito del Derecho de la Competencia es que se desincentive la inversión de las empresas, generándose y creando, a la postre, efectos anticompetitivos, y a que se adopten en forma de regulación excesivos remedios regulatorios a los que no se ha dado una consideración adecuada, sin la necesaria consulta pública y sin sopesar los posibles objetivos en conflicto.

Otra razón por la que tampoco es recomendable que las autoridades de regulación usen técnicas propias del Derecho de la competencia, (aparte de la sobre-regulación a la que pueden llegar a someter a un sector determinado), es porque puede resultar en la aplicación pobre de dicha medida por una entidad posiblemente inexperta y sin la suficiente experiencia en Derecho de la competencia. Y es que el Derecho de competencia puede complementar y reforzar la regulación sectorial específica, pero el uso de técnicas o medidas propiamente antitrust debe hacerse, cuanto menos, con las garantías y requisitos que implica la aplicación de un sistema jurídico que reprende infracciones ilegales³⁵³.

Centre of Law and Technology), París, 12 a 13 de enero de 2006, pág. 12.

³⁵³ Un nuevo enfoque sería la adopción de instrumentos regulatorios más innovadores que sustituyan las medidas tradicionales basadas en la imposición y el control. La Comisión ha sugerido últimamente dos nuevos planteamientos: co-regulación y método de coordinación abierta. Estos

Sabemos que las prácticas que prohíbe el Derecho de la Competencia tienen consecuencias económicas dañinas para la sociedad. Ahora bien, el reverso de la situación del párrafo anterior es cuando una autoridad de competencia se ve tentada a adoptar medidas que no son necesarias para terminar con una infracción ilegal, pero que pueden servir para cambiar o mejorar una situación de mercado no deseada; en tal caso, el efecto contraproducente que se produce es la protección de los competidores en particular frente a la protección de la competencia general en un mercado³⁵⁴. Podría darse el caso de producirse, por ejemplo, una protección temporal para nuevas empresas que, de otro modo, no podrían establecerse en el mercado por sí mismas. Pero esa no es la función del Derecho de la Competencia (ayudar a los competidores), que debe ser velar por el mantenimiento de la estructura competitiva de un mercado. Con ello se favorecería a ciertos competidores paradójicamente falseando las condiciones de competencia en el mercado. Para la imposición de una nueva política debería seguirse un procedimiento adecuado de nuevos objetivos y obligaciones, teniendo en cuenta las razones claramente identificadas y justificadas y la necesidad de las mismas, sopesándolas frente a sus probables efectos anticompetitivos a largo plazo. Medidas regulatorias adoptadas inapropiadamente por las autoridades de competencia tenderán a proteger a los competidores, no a la competencia, y por tanto, son, en definitiva, proteccionistas. El Derecho de la Competencia debe evitar la interferencia en los mercados³⁵⁵.

planteamientos se basan, el primero, en el conocimiento del funcionamiento de un determinado mercado que se tiene entre los propios agentes del mercado para co-regularse o, en el caso del segundo planteamiento, están basados en el intercambio de buenas prácticas en los Estados miembros (método de coordinación abierta). Otro enfoque sería el que propone BOY, L. en “Abuse of market power: controlling dominance or protecting competition?”, Ullrich, H. *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, 2006, Ascola, Munich. Es hipótesis del autor que existe actualmente una evolución, que empezó en USA, que se caracteriza en el Derecho Europeo por pasar de un control tradicional de las restricciones de competencia a un enfoque basado en la “regulación de la competencia”. El orden legal europeo de competencia, no cabe duda, aunque influenciado por la legislación americana, se encuentra en construcción constantemente. En Europa tenemos un modelo social en el que el Derecho no está simplemente al servicio de la Economía, sino que equilibra diferentes intereses, como los intereses de los competidores, protección del medioambiente, intereses sociales, etc.

³⁵⁴ A esta cuestión de que el fin del Derecho de la competencia no es la protección de los competidores sino de la estructura competitiva general en un mercado, y su razón de ser, nos referimos con detenimiento en el siguiente capítulo.

³⁵⁵ Bajo mi punto de vista, el error sería entender que, si bien dentro de su respectivo ámbito, regulación y Derecho de la competencia no se complementen. Algunos autores entienden que se dan ciertas ventajas en el solapamiento entre regulación y Derecho de la Competencia: la aplicación de las reglas antitrust en un ambiente regulatorio puede ayudar a reducir los riesgos de captura (del regulador) y sobre-regulación, mientras que la presencia del regulador reduce las asimetrías de información de las que suelen adolecer las autoridades antitrust. Además véase LAGUNA DE PAZ, J.C., “Autoridades de Defensa de la Competencia y Reguladores Sectoriales, a propósito de la STS de 6 de octubre de 2010”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 9, 2011, pág. 157, que recoge formas explícitas de colaboración entre reguladores y autoridades de competencia.

Por otra parte, los remedios *ex ante* y *ex post* están interrelacionados. Así, las autoridades de competencia frecuentemente optan por remitir los asuntos a las autoridades nacionales de regulación para que sean ellas quienes ejecuten los remedios *ex post* o controlen su cumplimiento, mediante la aplicación de regulaciones específicas. A la luz de una nueva regulación y sin experiencia por parte de las autoridades regulatorias, la tendencia será la aplicación de combinaciones de remedios *ex ante* y *ex post*, incrementándose el apoyo que las autoridades de regulación buscaran en las autoridades de competencia. Por todo ello, parece que tanto a nivel comunitario como nacional, debería profundizarse en cómo interrelacionarse o coordinarse en su actividad las autoridades sectoriales y las de competencia en los mercados regulados, pero desde luego, no excederse en atribuciones o no entrometerse las unas en las funciones de las otras. Si la autoridad reclama estar actuando sobre la base de poderes que le asigna el Derecho de la Competencia, únicamente objetivos de Derecho de la Competencia, y no regulatorios, son legítimos, y, la idoneidad de las medidas adoptadas debe valorarse a la luz de dichos objetivos, y no en un ámbito más amplio de regulación o interés público.

Siguiendo a HATZOPOULOS³⁵⁶, que dice: “A este respecto el Tribunal Supremo de USA en el asunto *Trinko* parece seguir la idea de que cuando *una estructura regulatoria diseñada para detener y remediar un perjuicio a la competencia existe quedará poco espacio para la intervención anti-trust*.”³⁵⁷ Sin embargo, existen varias razones por las cuales en la UE la solución opuesta parece preferible; una de ellas es porque la existencia de legislación secundaria no puede evitar la aplicación directa de las reglas del Tratado sobre la competencia. Otras razones incluyen el hecho de que a) la instrucción de casos por la Comisión Europea lleva mucho menos tiempo que la instrucción antitrust en USA, b) las directivas comunitarias tienden a ser menos precisas y más abiertas a interpretación que las leyes en USA, y c) los reguladores de sectores específicos y las agencias norteamericanas tienen una tradición más larga de independencia, y por ello, es menos probable que queden ‘capturadas’ en USA que en la UE. La Comisión claramente mantiene que puede intervenir y aplicar las reglas del Tratado en las industrias de regulación sectorial³⁵⁸. Esto se hizo obvio en su decisión en *Deutsche Telekom*³⁵⁹, cuando la Comisión mantuvo que las altas

³⁵⁶ HATZOPOULOS, V.: “The EU essential facilities doctrine” en *RESEARCH PAPERS IN LAW*, 2006, n° 6/2006, European Legal Studies, College of Europe (disponible en www.coleurop.be), pp. 18 y 19.

³⁵⁷ Una parte de la doctrina en USA, incluyendo autores como FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S. en “Revitalizing essential facilities”, *Antitrust Law Journal*, 2008, vol. 75, pag. 47, defiende la tendencia actual de que precisamente la aplicación de la DRE/EFD es fundamental en los sectores de infraestructuras regulados o en proceso de desregulación.

³⁵⁸ Aunque a ello nos hemos referido en el segundo epígrafe de este capítulo, el sistema de aplicación del Derecho de la Competencia en la Unión se establece en el Reglamento 1/2003, por lo que su consulta dará una visión de conjunto sobre las atribuciones de la Comisión en este sentido.

³⁵⁹ A la que nos hemos referido en la nota al pie 53, más arriba.

tarifas de acceso cargadas por el monopolista a sus competidores para obtener acceso a la red local de telecomunicaciones constituía una violación del art. 82 TCE³⁶⁰. Así fue, a pesar del hecho de que las tarifas de acceso habían sido aprobadas por la autoridad nacional regulatoria, de conformidad con las directivas aplicables ONP. Puede decirse que esta decisión de la Comisión tenga su precedente en el anterior asunto *Telefónica*. En este caso el Tribunal mantuvo que el Real Decreto que transpuso en la legislación española la Directiva 97/33 *relativa a la 'interconexión/Red de Provisión abierta (ONP)'* era legal, a pesar del hecho de que excedía los términos de la Directiva. De hecho, el Decreto dio a la Autoridad Nacional Regulatoria (NRA) no sólo el derecho a fomentar y apoyar, sino también a *imponer* al operador nacional la conclusión de acuerdos de interconexión. De ahí, que se pudiera decir que el Tribunal estimó que, además de los requisitos específicos de ONP establecidos por la Directiva, otras reglas de general aplicación de Competencia fundamentaban el derecho de intervención de la NRA. Recientemente, sin embargo, en *KPN Telekom v Opta y Flughafen Hannover*, el Tribunal no pareció favorecer la aplicación de principios de competencia general además de la regulación sectorial. Es cierto, que en sentido contrario a *Deutsche Telekom y Telefónica*, en estos dos casos más recientes no había indicación de que la aplicación de reglas sectoriales fuera deficiente o, si acaso, infructuosa. De ahí, que no esté claro si estos casos indican que el Tribunal, como regla general, resistirá la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales en las industrias de regulación sectorial, o si sólo evitará su aplicación cuando las reglas sectoriales están propiamente establecidas y cumplidas completamente.”

V. INDUSTRIAS EN RED

Uno de los problemas más importantes al que se enfrentan los procesos de liberalización de mercados es la introducción de competencia en aquellos servicios asentados sobre infraestructuras de red, algunas de las cuales podrían constituir monopolios naturales³⁶¹.

³⁶⁰ No hemos de olvidar que la prohibición del art. 82 TCE (actual 102 TFUE) es automática y absoluta. Automática en el sentido que opera directamente por imperativo legal, sin necesidad de ninguna actuación previa de alguna autoridad administrativa que haya de denunciar el abuso. Así se dispone claramente en el art. 1 del Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, según su apartado 3: *la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, contemplada en el art. 82 TCE, esta prohibida, sin que sea necesaria decisión previa alguna al efecto*. En BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “La prohibición del abuso de posición dominante”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (director) *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 95-120.

³⁶¹ Algunas actividades no pueden ser realizadas en régimen de competencia, es decir, dicha actividad solo puede ser realizada o suministrada por una única empresa para que pueda ser rentable debido a los altos costes fijos y hundidos asociados, constituyendo entonces un monopolio natural.

Así, para que las empresas potencialmente competidoras puedan llegar al consumidor final se requiere que éstas tengan la posibilidad de acceso para usar las infraestructuras existentes. No son pocos los problemas del acceso de operadores a una determinada red, que tendría que ofrecerse en condiciones de igualdad y no discriminación, normalmente a través de acuerdos de acceso en los que debería reinar la transparencia.

Los sectores, también llamados, de utilidades o “utilities” (tradicionalmente constituidos como servicios públicos: suministro de agua, gas, electricidad, transporte) tienen diferentes características, por lo que necesariamente despliegan diferentes clases de fallos de mercado. Todas estas empresas contienen redes, y la mayoría de ellas tienen elementos significativos de monopolio natural. El acceso a la red es esencial para que los productores puedan hacer llegar sus productos o servicios a los consumidores. No todas las partes de una red, dominada por las empresas de red o utilidades, están abiertas a la competencia de producción y suministro.

Determinadas industrias requieren, además, infraestructuras físicas o tangibles específicas para proporcionar el servicio que ofrecen, como las telecomunicaciones, la electricidad, el gas o los transportes ferroviarios. Forman estructuras en red que las condicionan económicamente. El transporte aéreo o marítimo, sin embargo, cuentan con redes virtuales, en las que existe una infraestructura física de mayor importancia en los nodos de la red (aeropuertos, puertos, etc) mientras que la unión de los nodos se realiza mediante elementos que no están asignados de forma permanente a rutas concretas.

En general, los servicios de las industrias en red se ven determinados por la existencia de elevados costes hundidos o irrecuperables (aunque son más elevados en las redes físicas), por la preponderancia de los costes fijos de red frente a los costes variables de cada unidad de servicio, y como consecuencia, por la relevancia de las economías de escala. La regulación específica es necesaria cuando se dan barreras a la entrada muchas veces no por la conducta de las empresas, sino porque existen importantes barreras estructurales³⁶².

Como hemos visto en los epígrafes anteriores, la necesidad de regular una industria se da por la existencia de fallos de mercado. En las industrias de utilidades, que generalmente ya cuentan con barreras estructurales, se tiende a regular el mercado por varias razones: el temor a la destrucción de competencia; por la existencia de un monopolio natural; por el

³⁶² Tales como los costes hundidos, que son muy importantes, es decir, cuando el coste social de la duplicación de la infraestructura es muy probable que sea mucho mayor que los beneficios que trae consigo la introducción de la competencia, como sucede en el caso de la duplicación de toda una infraestructura ferroviaria, lo que muchas veces implica que constituyan un monopolio natural.

deseo de establecer una subvención interna para promover la universalidad del servicio, etc. Cuando una industria es regulada, se presume que el poder de mercado (o una posición de dominio) está controlado, ya que, en teoría, la regulación debe prevenir su explotación abusiva. En consecuencia, es primordialmente el proceso de desregulación el que trae consigo la valoración y la necesidad de remediar situaciones de dominio que puedan causar infracciones a la competencia. Cuando se desregulariza una industria surge ese poder de mercado y los agentes en la industria tienden a concentrarse, y aunque pueda no llegarse al monopolio, se producen dos efectos: los nuevos operadores del periodo de post-desregulación desaparecen, y, la posición de dominio de las mayores empresas se muestra en la discriminación en los precios. Obviamente, la retirada de la protección regulatoria debe conllevar una correspondiente y acentuada aplicación rigurosa del Derecho de la competencia. En estas industrias de red o de utilidades, la definición y valoración del poder de mercado tiene dos aspectos tradicionales:

- El poder sobre el precio, que viene a implicar problemas de colusión o combinación de comportamientos.
- El poder de exclusión a competidores, que se corresponde con prácticas excluyentes.

Al tratar de introducirse la competencia en estos sectores se ha hecho evidente que la subvención cruzada reprimía la entrada al mercado al situar a los nuevos competidores en una desventaja potencial respecto a las empresas (monopolísticas tradicionales) integradas, capaces de subvencionar cruzadamente la parte no competitiva del negocio con las ganancias (muchas veces en forma de subsidios) provenientes de la parte del monopolio natural³⁶³. También se daba el temor de que si el gestor de la red operaba también en uno

³⁶³ Algunas opiniones defensoras o detractoras de la organización del mercado como monopolio natural son: Ariño Ortiz G., en *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 47, señala que hay tareas que no pueden organizarse eficientemente a través del mercado: los monopolios naturales, las estructuras no competitivas (monopolio de hecho, abusos de posición dominante...), los bienes públicos y las externalidades. Armstrong, Cowan y Vickers (en *Regulatory Reform*, The MIT Press, England 1994), señalan que cuando la competencia no es factible ni deseable estamos ante una situación de monopolio natural. López-Jurado Escribano, F. de B. y Trillo-Figueroa Martínez-Conde, J., en “Medidas de liberalización económica: “distribución de carburantes”, en la obra colectiva *Reforma y liberalización económica: los Decretos-leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid 1996, pp. 257, 261 y 264 dicen que *En relación al transporte de fluidos o de gases por tubería, clásicos ejemplos de monopolio natural, admitir la mera posibilidad legal de construir gaseoductos u oleoductos alternativos a los existentes no es un modo realista de introducir competencia. Los elevados costes fijos a los que hacer frente producen un efecto disuasorio sobre posibles compañías interesadas, y en cualquier caso, acaba lastrando de forma importante el precio que puedan ofrecer a los consumidores finales. En sectores donde se da el monopolio natural las condiciones de acceso de terceros son la llave que abre o cierra la competencia, decisiva tanto si otras fases del ciclo económico asociado a esos productos o servicios se hayan liberalizados, como si permanecen bajo reserva al sector público. Este acceso de terceros a la red plantea muchos menos problemas si son empresas públicas las titulares de las redes y las que las operan.* Por su parte, OLMEDO GAYA, A., *El Nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica*, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000, pp. 267 a 274, dice que *La tradicional consideración del ferrocarril como un monopolio natural en todo el ámbito europeo, se*

de los mercados relacionados potencialmente competitivos, primario o secundario, se verían tentados a favorecer a su propio negocio asociado discriminando a los competidores, bien en la calidad del servicio o en los precios por el uso del sistema. Incluso, aunque tal conducta anticompetitiva no tuviera lugar, la expectativa de la misma suponía una importante fuerza disuasoria a la entrada de nuevos competidores. De este modo, el fomento de la entrada al mercado de competidores potenciales, y por ello de la competencia, es claramente un importante motivo para la separación vertical interna del monopolio natural³⁶⁴ (así tampoco sería posible la subvención cruzada). Una justificación adicional de tal política sería que facilita la información (al mejorar la transparencia de la empresa) gracias a la cual los reguladores toman sus decisiones³⁶⁵.

Quizá el problema más complicado que encaran las autoridades de competencia y regulatorias al tratar la reestructuración de industrias de red es decidir si imponer a las empresas dominantes que den acceso a sus redes a sus propios competidores (promocionando la competencia en la prestación del servicio a corto plazo en mercados donde el acceso es necesario) o permitir a las mismas a negarse a dar dicho acceso, en la

debe fundamentalmente, a los elevados costes fijos de infraestructura, lo que determina que se generalizara su explotación en régimen de monopolio. Los ferrocarriles se incluyen en aquella categoría de actividades en la que sus propios condicionantes técnicos y económicos las llevan como naturalmente al monopolio. La competencia en estos supuestos llevaría a la duplicidad de costes, a una más difícil coordinación y a un peor servicio; es decir, la competencia no solo no es factible sino que tampoco es deseable. Por último, Muñoz Machado, S.: Servicio Público y Mercado. I. Los Fundamentos, Civitas, Madrid, 1998, pág. 19, dice: “La evolución de las tecnologías, singularmente en los sectores de la energía y las comunicaciones, ha arrumbado la creencia absoluta en la doctrina de los monopolios naturales y ha establecido una fuerte crítica contra algunas consecuencias que se derivan de los mismos, como por ejemplo: el mínimo dinamismo de este tipo de monopolios en materia de innovación tecnológica; su escaso efecto de economía de escala, que no trasciende en reducciones efectivas de los costes; la mínima independencia entre las instancias de regulación y los operadores, que determina inmediatamente la aparición de la captura (predisposición) del regulador por el operador, etc. De esta manera, se ha hecho común la advertencia de que los pretendidos monopolios naturales en algunos sectores, como los de transporte y comunicaciones, eran en verdad mercados perfectamente disputables, capaces por sí mismos de generar dinámicas de mejora de los productos y de satisfacción de los consumidores. La superación de la idea de que los monopolios naturales son absolutamente incompatibles con la organización del Mercado en competencia ha sido objeto de análisis en todos los estudios que analizan las posibilidades de las técnicas de regulación del Mercado”.

³⁶⁴ KAHN A.E.: “Market Power Issues in Deregulated Industries”, *Antitrust Law Journal*, 1992, vol. 60, es de la opinión de que las prohibiciones de integración vertical o conglomerado inevitablemente conllevan algún sacrificio de las economías de alcance. Asimismo, que un monopolio natural puede subsistir rentablemente siempre que no de acceso a un segundo competidor, ofreciendo por tanto, el monopolista un servicio integral (que puede ofrecer por constituirse como empresa integrada). Y que por ello, las leyes anti-trust deben aplicarse mucho más cuando se da una situación de monopolio natural.

³⁶⁵ ARIÑO ORTIZ G., “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un Nuevo modelo de regulación)”, en la obra colectiva *El Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 26 y ss. Este autor afirma que uno de los presupuestos previos para la reconstrucción de la competencia en los servicios es la desintegración vertical de actividades, competitivas y no competitivas en el seno de cada sector. “Los dos grandes objetivos de esta separación de actividades son: 1. la distinción de actividades potencialmente competitivas y no competitivas, con aplicación de un régimen jurídico distinto a unas y a otras..., y 2. la transparencia informativa, que es *conditio sine qua non* para una correcta regulación, con eliminación de

expectativa de que los competidores crearan sus propias redes o instalaciones, y con el tiempo acabe por promocionarse la competencia entre redes o infraestructuras³⁶⁶. La elección entre competencia por la infraestructura o red (si se duplica la infraestructura) y competencia en la prestación del servicio (en una única red) surge en todos los casos de la DRE/EFD, cualquiera que sea la denominación que se le dé³⁶⁷, e independientemente de que el caso sea analizado como un problema de negativa a contratar/dar acceso, de discriminación, o de una empresa dominante usando su poder para limitar la producción de sus competidores (prohibido, en principio, bajo el art. 102 (b) TFUE). Bajo todas estas modalidades a través de las cuales se puede producir la negativa de acceso, las autoridades, regulatorias o de competencia, deben sopesar las obligaciones que impongan si probablemente harán que las empresas acaben por no invertir o innovar³⁶⁸, pero que simultáneamente se evite que el antiguo monopolio manipule el mercado de forma que cree

subvenciones cruzadas entre los distintos servicios”.

³⁶⁶ OECD- “Refusals to deal”, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, DAF/COMP(2007)46, 03-Sep-2009, pág. 11. Se dice que la tendencia básica en la actitud judicial general respecto a la “negativa a contratar” es la menor disposición para encontrar a las empresas dominantes responsables de abuso. Hoy, es muy difícil ganar un caso de abuso de posición dominante basado en una negativa de contratar o suministro, tanto en la UE como en USA. Las razones son que los Juzgados y autoridades de competencia se sienten menos propensos a llevar a cabo una función regulatoria de establecer los términos y condiciones de acceso por los cuales una empresa debe negociar con otra. Asimismo, con ello se limitaría la inversión e innovación. Ahora bien, se han sentido más dispuestas a establecer precios y condiciones de negocio entre empresas, en los casos donde la empresa dominante está o suministrando el producto o servicio en ese momento o lo ha hecho en el pasado. Una de las razones de esta excepción, es que hay una base comparativa: es mucho más fácil imponer el uso de ciertas condiciones o de las bases para evitar la discriminación en el precio basándose en criterios anteriores que establecer partiendo de cero un precio tope o máximo. Véase más arriba el epígrafe IV-2. B) Obligación de no discriminación.

³⁶⁷ Dicen CASTALDO, A. y NICITA, A. en “Essential Facility and Efficiency in European Antitrust. Some Lessons from GVG/FS in the Railway Sector”, Simple 38/05, *Siena memos and papers on law and economics*, University of Siena Faculty of Economics R.M. GOODWIN, 2005, pag. 4, que en el Derecho antitrust americano han aceptado la idea de una doctrina respecto al acceso a recursos esenciales, mientras que en el Derecho europeo ha prevalecido la actitud de su tratamiento como un problema general de negativa a contratar/dar acceso de una empresa dominante; en particular, hay muy pocas decisiones sobre abusos de posición dominante en aplicación del art. 82, en la forma de negativa a contratar con competidores en términos no discriminatorios, que explícitamente mencionen la DRE/EFD.

³⁶⁸ Inversión o innovación de la que se beneficiarían sus competidores al estar obligada la empresa dominante a darles acceso. También dicen AHLBORN, E. y PADILLA: “Competition Policy in the New Economy: is European Competition Law up to the challenge?” en *ECLR* (2001), n. 5, pag. 164: que el fallo de no considerar apropiadamente y de antemano las implicaciones de decisiones que efectivamente coartan los derechos de propiedad es de importancia fundamental en las industrias de la nueva economía, donde la innovación es la estrategia clave para competir, y citan al economista Kenneth J. Arrow que dijo, en 1962, que en una economía de mercado la recompensa por la introducción de productos innovadores es la proyección de ganancias futuras. Estas ganancias deben ser lo suficientemente altas para recompensar los grandes costes hundidos típicamente asociados con la inversión en la investigación y desarrollo. La innovación en una economía de mercado desconcentrada requiere, por lo tanto, que las empresas innovadoras triunfantes sean capaces de asegurar al menos un poder de monopolio parcial sobre los nuevos productos y/o las nuevas tecnologías de producción. Obligar a las empresas innovadoras a compartir los resultados de su logro con sus competidores sin discriminación conllevará un efecto serio en detrimento de los incentivos de las empresas en invertir en investigación y desarrollo y sobre la rapidez de la innovación.

una nueva base para que se mantenga una posición dominante a largo plazo o incluso monopolista. El problema es que al permitirse la negativa de acceso, o incluso la demora innecesaria en proporcionar dicho acceso, puede llevar a que la empresa dominante use su base de clientes existente u otras ventajas para adquirir una nueva situación imbatible, por la que las ventajas de ser el primero en dominar esa industria, le acaben por proporcionar una posición dominante durante mucho tiempo.

Cuando una empresa dominante limita la producción, el mercado o el desarrollo técnico de sus competidores infringe el art. 102 del Tratado de funcionamiento de la UE. Por tanto, cuando únicamente la empresa dominante puede suministrar a sus competidores con un producto o servicio sin el cual los competidores no pueden operar en el mercado, bajo el art. 102 (b), la empresa dominante tiene un deber de dar acceso o contratar con sus competidores, siempre que la empresa dominante haya cometido o esté cometiendo un abuso³⁶⁹. No se da dicho deber de acceso o contratación a menos que exista un abuso, es decir, bajo el Derecho de la Competencia no hay un deber de acceso por razones puramente regulatorias, como sería el crear más competencia o por incrementar el bienestar económico. El art. 102 (b) es entonces la base legal del deber de acceso/contratación a un mercado por vez primera, y es claro que hay un deber de acceso/contratación si existe abuso y la negativa de acceso o contratación evitará que los competidores puedan operar totalmente, de este modo protegiéndose la empresa dominante de la competencia. Esto no es otra cosa que la DRE/EFD. Una consecuencia importante es que parece existir un deber de contratar sólo con los competidores de la empresa dominante y no con meros distribuidores, es decir, para justificar la imposición de un deber de acceso o contratación bajo el Derecho de la Competencia debe de haber una competencia importante que proteger.

El deber que impone el art. 102 (b) TFUE para dar acceso o contratar por primera vez, aunque distinto, entra dentro de la misma categoría que el deber que surge bajo el art. 102 (c) de garantizar el acceso a competidores adicionales (que no accedan al mercado por primera vez) para evitar su discriminación³⁷⁰.

Cualquier imposición del deber de dar acceso/contratar puede tener tres diferentes tipos de efecto. En primer lugar, a corto plazo tenderá a aumentar la competencia en la prestación del servicio en el mercado secundario. En segundo lugar, en un plazo intermedio, puede

³⁶⁹ Tampoco debe olvidarse que el art. 102 no se aplicará en un mercado a las empresas que no sean dominantes por muy grandes que éstas sean, es decir, no se aplica a la segunda o tercera empresa con cuota más importante en un mercado a no ser que detenten una dominancia conjunta.

desincentivar la inversión en la infraestructura o instalación en cuestión, ya que la imposición del acceso puede provocar que dicha instalación sea menos rentable que si pudiera ser exclusivamente retenida para el uso exclusivo de la empresa dominante o como la empresa dominante establezca. Tercero, un deber legal de dar acceso puede desalentar la propia inversión de muchas compañías a largo plazo en otras infraestructuras e instalaciones en general o su duplicación³⁷¹. Estas tres clases de efectos pueden surgir tanto si el acceso es requerido bajo Derecho de la Competencia o bajo regulación, pero con la importante diferencia que la legislación de competencia se aplica en general (por lo que el tercer tipo de efecto es muy probable que ocurra), mientras que la medida regulatoria puede limitarse a un ámbito limitado de circunstancias.

Es importante reconocer, en el momento de diseñar una política determinada, que la competencia es un medio no un fin en sí misma, y que cada industria despliega características únicas. Asimismo, existen diferentes grados de competencia y el tipo de competencia que mejor satisface el criterio de la eficiencia (si este es el fin) depende de los fallos del gobierno y del mercado que surgen en cada industria. La transición a mercados competitivos en las industrias de utilidades ha sido retardada por la incompetencia regulatoria. Regular para la introducción de competencia ha resultado ser más difícil que la regulación de los monopolios. De hecho, al contrario del objetivo de la gradual reducción regulatoria con la liberalización de los mercados, la normativa regulatoria se ha visto incrementada con el desarrollo creciente de la competencia³⁷².

En general, en la liberalización de mercados se dan dos importantes defectos: - que no se haya especificado adecuadamente el mercado en que se pretende introducir la liberalización y los objetivos, y, - que el ejercicio de la competencia regulatoria se establezca concediendo

³⁷⁰ Art. 102 (c): “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;”

³⁷¹ La tendencia actual en contra de este argumento, por ejemplo, nombramos a FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S.: “Revitalizing essential facilities”, *Antitrust Law Journal*, 2008, vol. 75, pp. 73-75, puesto que el acceso a una infraestructura también genera importantes externalidades positivas, cuya problemática reside es que son muy difíciles de cuantificar. Asimismo existen infraestructuras, redes, estándares, un proceso, una tecnología o una plataforma a la que se necesita acceso por parte de los operadores de la industria para poder desarrollar y avanzar en investigación e innovación, con la consecuente inversión necesaria, que puede dar lugar a nuevos productos o nuevas técnicas que resultan en nuevos avances importantísimos para la sociedad en general, a los que no se habría llegado sin el necesario acceso. Asimismo, nada impide a la empresa dominante establecer un precio monopolístico de acceso o a la autoridad política establecer un precio que compense a la empresa de los costes hundidos o a crear incentivos para la inversión, (como sucede en el sector ferroviario con los contratos plurianuales, a los que nos referimos en el cap. V, bajo el epígrafe VI. 5). Dicen estos autores que la cuestión no es si la aplicación potencial de la DRE/EFD o cualquier otro régimen legal tiene algún efecto en la innovación e inversión, sino si el régimen legal provee de suficientes incentivos para que se de una inversión e innovación socialmente beneficiosa.

³⁷² Así, lo dicen HELM, D. y JENKINSON, T.: “The assessment: introducing competition into

mucha discrecionalidad y por tanto, falle en predictibilidad, con la consiguiente inseguridad para inversores o competidores potenciales que se genera al acceder al mercado. Se puede decir que cuanto mayor sea la especificación del diseño del mercado que se pretende, y de ahí, de los objetivos de la transición, menor será la subsiguiente controversia en otros asuntos que no sean los del mero detalle. Cuando se den tales defectos, algunas reformas que se pueden llevar a cabo son:

- Limitar el grado de discrecionalidad del poder regulatorio, especificando con mayor precisión la naturaleza de la transición al régimen competitivo,
- Exigir a los órganos regulatorios que justifiquen sus acciones, acompañándose con análisis de apoyo y evidencias, lo que abrirá las puertas de la discrecionalidad regulatoria al escrutinio público,
- Especificar las responsabilidades de la implementación regulatoria y alentar una gestión adecuada,
- Suministrar modelos adecuados de comprobación y dar tiempo para consultar con los agentes implicados y posibles modificaciones durante la transición.

En recopilación de lo visto hasta ahora, es coherente decir que la regulación no debe aplicarse cuando las normas de competencia son suficientes para solucionar los fallos del mercado, pero a la vez, no puede recurrirse al derecho de la competencia cada vez que la regulación sectorial haya sido incumplida o resulte insuficiente. No es ésta la función del Derecho de la Competencia, en otras palabras, la competencia es superior a la solución regulatoria cuando aquélla es posible pero no debe ser instrumentalizado su uso para automáticamente desdeñar la solución regulatoria o cumplirla efectivamente. La ventaja procedimental de la regulación en comparación con el Derecho de la Competencia, es que es posible imponer con precisión deberes específicos con antelación a una serie de empresas determinadas, y formalmente revisar y reconsiderar las circunstancias de la situación periódicamente, y probablemente barajar diferentes soluciones según el estado en que se apliquen. Lo que debe evitarse es que existiendo una regulación extensa en un mercado determinado, cuando ésta es ineficiente, no se aplica o se aplica inadecuadamente, se acuda a las autoridades de defensa de la competencia para que completen las insuficiencias regulatorias de aquélla. Aunque claro, si se ha acudido antes a agotar la vía administrativa, e incluso la contencioso-administrativa, sin que, ni siquiera en muchos casos, se haya prestado atención a lo que se demanda, la única salida es acabar acudiendo al Derecho de la competencia como último remedio. Ahora bien, la clave de cualquier regulación nueva residirá en encontrar remedios eficientes ex ante y cuyo

regulated industries”, *Oxford Review of Economic Policy*, 1997, vol. 13, n°1, pp. 10, 12 y 13.

cumplimiento sea de verdad controlado por los organismos nacionales de regulación (aunque, por otro lado, lo veo difícil si dichos organismos no se separan institucionalmente de los respectivos Ministerios y se constituyen como verdaderas entidades independientes), y no tanto en regular más.

Una perspectiva interesante desde la que enfocar la problemática de las industrias en red es la consideración de que estas industrias por sus propias características (que las diferencian de otras industrias) adolecen de determinadas barreras endémicas. SLOT, P.J. y SKUDDE A.³⁷³ son de la opinión de que el núcleo de las reglas de competencia no funcionará eficazmente en los sectores de industrias de red por la razón principal de que el acceso e interconexión a las redes es vital para nuevos competidores en una situación de mercado en la que las empresas tradicionalmente monopolísticas todavía son dominantes. El hecho de que son necesarias inversiones sustanciales para la entrada al mercado junto con que para la aplicación de las leyes de competencia vayan a ser necesarios procedimientos largos y costosos no ayuda. Siempre es posible atajar las restricciones de competencia por parte de los oligopolios a través de los usuales arts. 101, 102 del TFUE o, en instancias específicas, a través del control de concentraciones. Aún así, las condiciones de mercado en estas industrias de red hacen difícilmente aplicables estos instrumentos debido a la falta de experiencia y conocimientos especializados en estos sectores de autoridades y tribunales, cuando además, implican procesos largos en el tiempo. Asimismo, las prácticas concertadas son muy difíciles de probar, la aplicación del concepto de posición dominante colectiva y la regulación del control de concentraciones aún tienen que probar su valor y, en particular, el art. 102 en la lucha contra los precios excesivos ha sido muy poco aplicado³⁷⁴.

En esta misma línea de incapacidad del Derecho de la Competencia de atajar por sí sólo la problemática propia de un mercado de red se da el argumento de que en las situaciones en que se da escasez de capacidad, ya sea en la capacidad física de la red o en la necesidad de acceso a los recursos/instalaciones primarias o secundarias por parte del proveedor de servicios al usuario final, a medida que la competencia aumenta, los gestores de la red congestionada pueden dejar de ostentar una posición dominante, y por lo tanto, el art. 102 resultará inefectivo para la imposición del acceso. De este modo, alguna forma de regulación *ex ante* relativa a temas de acceso y precios será necesaria, incluso cuando la competencia se ha impuesto en el mercado³⁷⁵.

³⁷³ En “Common features of Community Law Regulation in the network-bound sectors” en *CMLR*, 2001, n° 38, pp. 87-129.

³⁷⁴ Todas estas figuras jurídicas se verán en el siguiente capítulo.

³⁷⁵ Así, las publicaciones de la Comisión “Directrices en la aplicación de las reglas de

Los partidarios del uso del Derecho de la competencia para la regulación de las industrias de red confían en la aplicación de la DRE/EFD. Sin embargo, esta perspectiva se vino abajo por el caso Bronner que introdujo unos criterios más rigurosos que hacen la aplicación de la DRE/EFD más restrictiva (y que veremos en detalle en el capítulo IV³⁷⁶). Cuando tradicionalmente se ha considerado a las industrias de red como un ejemplo clásico para la aplicación de la DRE/EFD³⁷⁷, puede que ya no se considere la panacea para la resolución de cuestiones de acceso, especialmente a la luz de los avances tecnológicos (particularmente en el sector de las telecomunicaciones) que hacen la replicabilidad de recursos más factible³⁷⁸. Pero aun así, dadas las características únicas de las industrias de red, parece que en la mayoría de los casos alguna forma de regulación sectorial será siempre necesaria, incluso (o especialmente) cuando una competencia real y efectiva está presente.

Más radicales, incluso, en su postura son MASSEY y SHORTALL³⁷⁹, pues se definen en contra del establecimiento de cualquier régimen regulatorio a la hora de liberalizar estas industrias tradicionalmente de servicio público, confiando, a cambio, en la legislación

competencia de la CEE en el sector de las telecomunicaciones” (DOCE C 233, 1991) y “Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones” (*Marco jurídico, Mercados de Referencia y Principios*, DOCE 1998, C 265/2) tienden a subrayar la división de competencias entre Derecho de la competencia y regulación sectorial más que en desarrollar conceptos de la legislación de competencia de forma que reemplacen finalmente la regulación sectorial en cuestiones tales como el acceso a redes.

³⁷⁶ En el epígrafe II.2.2: “Bronner. Cambio de dirección”.

³⁷⁷ Así por ej. con una teoría novedosa respecto a las externalidades positivas, Frischmann, B. & Weber Waller, S.: *Essential Facilities, Infrastructure, and Open Access*, Loyola University Chicago, 2006. Estos autores están a favor de la EFD por dos razones principalmente:

- Debido a la tendencia actual a la privatización, la infraestructura que una vez estaba en manos del gobierno ahora es detentada por empresas privadas, lo que debe asociarse con mas EFD, y no al revés, ya que proporciona un control sobre practicas anti-competitivas.
- Si como algunos autores manifiestan la regulación es innecesaria porque el mercado ha de ser libremente competitivo, con el fin de garantizar el necesario acceso público a las infraestructuras, la legislación antitrust es el medio para controlar la posible conducta excluyente de los gestores o proveedores de la infraestructura en cuestión. De este modo, se fomenta la revitalización de la EFD, con un papel importante, pero limitado especialmente a aquellos tipos de infraestructura, de la cual la sociedad en general se beneficia con un régimen de acceso libre. La EFD funciona como una teoría de monopolización para el control de aquellas infraestructuras que requieren de un acceso libre para generar las externalidades positivas masivas que producen. Externalidades positivas que son beneficios sociales muy difíciles de medir, imaginemos por ej. las ventajas sociales que trae un área bien comunicada (aparte de las razones económicas o de otro tipo consideradas que, en principio, determinaron la introducción del servicio de transporte en esa zona). Asimismo, la EFD se justifica en relación con la fuerte subvención pública necesaria en dichas infraestructuras que las hacen imposibles de duplicar con recursos puramente privados.

³⁷⁸ Como ya hemos visto anteriormente (véase nota al pie 94) para algunos autores como FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S. es precisamente el acceso a la infraestructura lo que permite la investigación y el desarrollo de nuevos productos y tecnologías que sustituyan las que vayan quedando obsoletas.

³⁷⁹ MASSEY, P. y SHORTALL, T.: “Competition and Regulation in Public Utility Industries” en

general de competencia para solucionar cualquier cuestión que surja. La ausencia de barreras regulatorias para la entrada a un mercado y de fijación de precios puede estimular la productividad por encima de la que se daría en una industria más regulada. La habilidad de las empresas dominantes de abusar de su poder de mercado en detrimento de los consumidores puede ser limitada significativamente simplemente permitiendo mayor competencia. Cuando se percibe un ambiente regulatorio desfavorable para nuevas empresas competidoras es probable que se produzcan efectos adversos graves en las decisiones de inversión. Los autores anteriores sugieren que el Derecho de la competencia funciona demasiado despacio y que tales retrasos imponen serios costes a la sociedad, por lo que es un argumento que a veces se utiliza para justificar más intromisión regulatoria, de modo que las agencias regulatorias decidan unilateralmente que ciertos tipos de comportamiento sean anti-competitivos, lo que trae consigo riesgos de error o, que comportamientos no anticompetitivos sean considerados como tales. Si se limita la competencia genuina de esta forma, la regulación puede imponer costes significantes en la economía.

La cuestión básica queda, entonces, en si existen áreas problemáticas creadas por la misma naturaleza de las industrias de red que requieren de alguna forma de intervención sectorial específica, incluso en un mercado competitivo. Como es claramente anti-económico para cualquier suministrador o proveedor de servicios establecer su propia red física, las cuestiones de acceso a la red continuaran surgiendo incluso en mercados totalmente liberalizados y competitivos. La liberalización y el mercado único no son metas en sí mismas, son instrumentos para el beneficio de los consumidores al ofrecer mejor calidad, mayor elección, y menores precios a través de la introducción de la competencia en campos previamente monopolísticos. La aplicación de regulación sectorial depende crucialmente del buen funcionamiento de las agencias nacionales regulatorias, así como de la cooperación transparente y eficiente entre éstas y las autoridades nacionales de competencia³⁸⁰.

Sin embargo, las disparidades en la forma en la que los órganos regulatorios nacionales se organizan, anclados en las culturas legales y administrativas de los Estados miembros, tiene su reflejo incluso en los procedimientos de disputa que se sustancian ante ellas.

Discussion Paper (Competition Authority), 1999, n° 7, julio.

³⁸⁰ AZCUENAGA, M.L. en "Essential Facilities and Regulation: Court or Agency Jurisdiction?", *Antitrust Law Journal*, 1990, vol. 58, pp. 879-886, dice que la intervención de las autoridades de competencia es menos costosa que la regulación, y su objetivo es servir al interés público más que promocionar los intereses de los competidores individuales, por lo que es partidaria de una posición preventiva en el sentido de ayudar a las autoridades regulatorias a establecer sus programas de regulación.

Existen aún mayores disparidades en la forma en que los poderes regulatorios se dividen entre los ministerios, agencias regulatorias, autoridades nacionales de competencia y otras agencias con otras responsabilidades, como por ejemplo el reflejo que tienen dichas disparidades en la fijación de tarifas³⁸¹. Esta complejidad puede conducir a la imposición de barreras administrativas para los nuevos competidores.

Entendemos que es clave la necesidad de órganos regulatorios independientes que apliquen la legislación relevante en vez de confiar en una labor de supervisión por parte de las autoridades nacionales de competencia. Se ha discutido que si la regulación sectorial es fundamentalmente temporal hasta que la competencia se haya establecido en dicho mercado, sería mas lógico confiar la aplicación de tal regulación desde un principio a las autoridades nacionales de competencia con el fin de evitar las dificultades burocráticas de contar con un órgano regulatorio que, una vez establecido, su continuada existencia dependerá de una perpetuación artificial de la tarea de regular cuando ya no sea necesaria. Para evitar esta inercia institucional, se sugiere no establecer ningún órgano regulatorio de principio y que sean las autoridades de competencia las que cumplan cualquier tarea regulatoria. Sin embargo, la abrumadora realidad es que estos mercados son altamente técnicos y que son necesarios órganos especializados e independientes, al margen de una autoridad experta en temas de competencia. Una vez reconocido este hecho, la cuestión que surge es la relación y demarcación de poderes que debe establecerse entre organismos nacionales regulatorios y autoridades nacionales de competencia, que, por supuesto, queda dentro del ámbito de atribuciones del propio Estado miembro.

VI. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA INDUSTRIA FERROVIARIA

Veremos en el capítulo siguiente que el Derecho de la Competencia también sirve al objetivo más amplio de la integración y consolidación del mercado interior³⁸². Sin embargo, una de

³⁸¹ Como hemos podido ver en el capítulo I, epígrafe III, punto 4.3, respecto a las disparidades de tarifas para el acceso a la infraestructura ferroviaria, y veremos en el capítulo IV, epígrafe IV, punto 2, con motivo de la tarificación de los servicios ferroviarios relacionados (recargos, etc).

³⁸² Véase también WISH, pág. 244 (citado en la bibliografía), que dice que “El libro Blanco sobre la modernización de las reglas de implementación de los arts. 81 y 82” (DO C 132/1) adoptado el 28 de abril de 1999, en el que la Comisión explica la razón por la que al tiempo de adopción del Reglamento 17/62 se optó por un sistema centralizado de autorización para la exención bajo el art. 81-3, con el fin de que la Comisión pudiera crear una cultura de competencia en Europa y asegurar la integración de los mercados nacionales (párrafos 4 y 8 del Sumario Ejecutivo). Asimismo, en el XVI Informe sobre la política de la competencia de 1987, la Comisión indicó con respecto a la política de la competencia su papel clave evitando que las barreras nacionales que dividen a los Estados miembros no sean reemplazadas por divisiones de los mercados a consecuencia de prácticas

las razones del declive del sector del ferrocarril es la fragmentación del mercado ferroviario europeo. En contraste con otros sectores de transporte, aún no se ha conseguido un mercado interior ferroviario efectivo, lo que impide al ferrocarril competir con esos otros modos de transporte en determinados mercados donde el ferrocarril sería particularmente efectivo, por ejemplo en los servicios transfronterizos. Dadas sus características como sistema de transporte confinado a la vía férrea, es presumible que sea competitivo en las distancias largas. Al mismo tiempo, el comparativamente pequeño tamaño geográfico de la mayoría de los Estados miembros hace el tráfico tranfronterizo especialmente importante para el sector ferroviario europeo. Ahora bien, como cada ferrocarril nacional adoptó sus propios estándares y operatividad, el mercado europeo de equipo y servicios ferroviarios permanece fragmentado. Aún más importantes han sido las barreras legales de entrada al mercado (por ejemplo, los derechos de cabotaje que han sido liberalizados recientemente, y todavía no han sido liberalizados los mercados domésticos de transporte de pasajeros por ferrocarril). Como resultado de todos estos obstáculos estructurales, a un nivel internacional, existen apenas compañías ferroviarias que lleven a cabo su propio tráfico como negocio exclusivo. E incluso, donde la entrada al mercado ha sido posible, los nuevos competidores compiten marginalmente, principalmente, operan en el mercado nacional y el tráfico que realizan es limitado, en particular, servicios de trasbordo para la empresa nacional dominante.

La legislación sectorial trata de salir al paso de todas estas barreras estructurales como un régimen transitorio que debe ir minorando y, por último, abolirse, una vez que las condiciones normales de competencia prevalezcan en el mercado³⁸³. El sector del transporte tiene un régimen de regulación específico conforme al Tratado: es la Política Común de Transportes (PCT, en adelante), que hemos visto en el primer capítulo.

1. Sistema procedimental de aplicación del Derecho de la competencia al transporte

Debido a que dedico los dos últimos capítulos a la DRE/EFD, y ésta se encuadra bajo el Derecho de la Competencia, veremos en el capítulo siguiente, el III, el Derecho sustantivo de la competencia, ya que es aplicable a todas las áreas económicas de actividad, incluido

comerciales restrictivas o medidas proteccionistas adoptadas por los Estados. Asimismo en el IX Informe sobre la política de la competencia de 1980, indica que la prevención a los obstáculos al comercio continua siendo el principal propósito de las reglas de una libre competencia, diciendo además que “Existe por tanto, una necesidad continuada –y esta es la principal tarea de la política de la competencia de la comunidad- de identificar y suprimir practicas restrictivas y abusivas de empresas que intenten dividir el mercado”.

³⁸³ De la misma opinión, SLOT, P. J.: “A view from the mountain: 40 years of developments in EC Competition Law”, *CMLR* 41, 2004, pp. 443-473.

el transporte. Ahora bien, ya que como hemos tratado la problemática y regulación del transporte específicamente en el capítulo anterior y nos queda más reciente, ver ahora la regulación de la competencia desde el punto de vista formal y de aplicación al ámbito del transporte ferroviario nos servirá de puente al capítulo siguiente, que trata las normas sustantivas de competencia en general.

Para la aplicación del Derecho de la Competencia a los sectores económicos, y en particular al transporte, se estableció en la Unión todo un sistema de procedimientos y de atribuciones de competencias ejecutivas a la Comisión.

Antes de que el Reglamento 1/2003 *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*³⁸⁴, (-el cual establece un sistema procedimental para la aplicación del Derecho de la competencia a todos los modos de transporte-), entrara en vigor en mayo del 2004, coexistían cinco regímenes de procedimiento diferentes, lo que obviamente constituía un panorama confuso. Parece que haya tenido que transcurrir mucho tiempo, desde 1968³⁸⁵, para llegar a tener, al menos, un sistema más claro en el que sólo se tiene que observar un único Reglamento.

Siendo breve, el régimen legislativo específicamente establecido para el transporte antes del R. 1/2003 era, como sigue:

- *El Reglamento 17/62 era el reglamento procedimental para la aplicación de la política de competencia, con base en los arts. 101 y 102 TFUE, a todos los sectores económicos y comerciales*³⁸⁶.

³⁸⁴ Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, (DO L 001 de 04/01/2003 pp. 1 – 25).

³⁸⁵ Me refiero al Reglamento 1017/68, el primer Reglamento cuyo objetivo es la aplicación de sus reglas, de Competencia, al transporte específicamente, que veremos mas adelante en este mismo epígrafe.

³⁸⁶ Reglamento del Consejo 17 (CEE), de 6 Feb. 1962, que es la primera normativa que aplica los arts 101 y 102 (*en aquel momento arts 85 y 86*), esto es, el primer Reglamento que aplica reglas de competencia, [DO 13 de 21.02.1962], modificado por el Reglamento 59/62, el Reglamento 118/63, el Reglamento 2822/71 y el Reglamento 1216/99. El Reglamento 17 era un reglamento de procedimiento, el cual principalmente establecía un sistema para aplicar los arts. 101 y 102 asegurando que la competencia no sería distorsionada en el mercado común. Básicamente, para tal propósito, se dota a la Comisión de poder para requerir información y llevar a cabo investigaciones, y hacer cumplir sus decisiones por medio de multas y penalizaciones periódicas. También estableció una obligación de notificación por las partes que solicitaban una exención bajo el art. 81-3º para su aprobación por la Comisión. El Reglamento 17 ha sido sustituido por el Reglamento 1/2003. No hemos de olvidar que la principal tarea de la Comisión dentro de la política de competencia es procurar el cumplimiento de las normas de competencia y su aplicación, y que la función legislativa la ostenta el Consejo (a propuestas de la Comisión). En este sentido, la Comisión ostentaba el monopolio exclusivo de las exenciones individuales a través del art. 9-1 del Reglamento 17/62, y que las exenciones en bloque o por categoría se procuraban a través de la promulgación de Reglamentos bajo el art. 83 TCE cuya competencia legislativa reside en el Consejo. Véase GOYDER, D.G. en *EC*

La adopción del Reglamento 17 en 1962 dotó por primera vez de poderes a la Comisión para investigar y hacer cumplir la ley en relación con las infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE, sin excluir ningún sector económico de su reglamentación. Por lo tanto, el sector del transporte estaría incluido en el Reglamento 17, cuyo propósito era establecer el procedimiento para la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE³⁸⁷.

- *El Reglamento 141/62 que estableció la inaplicabilidad del R. 17/62 al transporte.*

Sin embargo, los Estados miembros y la Comisión acordaron no aplicar las reglas de competencia al transporte hasta que la PCT se hubiera desarrollado en el sentido de dar algunos resultados ciertos³⁸⁸. De esta forma el Consejo adoptó el Reglamento 141, el cual estableció la no aplicabilidad del Reglamento 17 a la industria del transporte, al menos provisionalmente³⁸⁹.

En resumidas cuentas, a pesar de la universalidad de las reglas generales de competencia, en aquel momento el transporte estaba recibiendo un tratamiento especializado³⁹⁰. No había manera de aplicar en aquel momento, por tanto, las disposiciones materiales establecidas por los arts. 101 y 102 TFUE por cuanto las medidas procedimentales estaban excluidas para el sector del transporte. Ahora bien, el propósito del Reglamento 141 no era sentar la controversia relativa a

Competition Law, OUP, 3a edición 1998, pag. 128.

³⁸⁷ Asimismo recordemos que como el Reglamento 17 (CEE) estableció un sistema de control centralizado bajo el cual los acuerdos que podían restringir y afectar el comercio entre Estados miembros, con el fin de concedérseles una exención bajo el art. 101-3º TFUE, debían ser notificados a la Comisión. Así, sólo la Comisión tenía el poder de declarar inaplicable el art. 101-1º. Este sistema respondía a la visión de las autoridades de la Comunidad de la utilización de la legislación anti-trust como otra herramienta más al servicio del logro de un mercado común. Su objetivo era evitar que, una vez eliminadas las barreras aduaneras nacionales, surgieran otras barreras a través de acuerdos concertados o abuso de posiciones dominantes, más aun cuando en 1962, los Estados miembros (con la excepción de Alemania) carecían de la experiencia, e incluso de la legislación, en Derecho de la Competencia.

³⁸⁸ El Reglamento 141 literalmente decía en su punto 2 de la introducción: “Cuando, a la luz del trabajo que estamos realizando en la formulación de una PCT, sea posible, en relación al transporte por ferrocarril, carretera y vías navegables, prever la introducción dentro de un periodo razonable de las reglas de competencia; cuando, por otro lado, en relación al transporte aéreo y marítimo es imposible prever si y en qué fecha el Consejo adoptará disposiciones adecuadas; ...”

³⁸⁹ Reglamento del Consejo 141 de 26 de nov. de 1962, que excluye el transporte de la aplicación del Reglamento nº 17 del Consejo. Modificado por el Reglamento del Consejo 165/65/CEE de 9 dic. 1965 que extendía el retraso en la no aplicación a los transportes terrestres del Reglamento 17, y el Reglamento del Consejo 1002/67/CEE de 14 dic. 1967 que volvía a extender el retraso en la no aplicación a los transportes terrestres del Reglamento 17.

³⁹⁰ El Reglamento 141 decía en el último punto de su introducción: “Mientras que las características distintivas del transporte hacen justificable solamente excluir la aplicación del Reglamento 17 a acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relacionadas directamente con la

universalidad versus ley especial acerca de la reglas generales de competencia del Tratado, a la que nos hemos referido en el capítulo anterior (epígrafe 2.1.), precisamente porque el Reglamento 17 (y de este modo también el Reglamento 141) era un reglamento de procedimiento, y por tanto, destinado a dar aplicación a la normativa material de competencia del Tratado³⁹¹.

- *Sin embargo, el Reglamento 17/62 se habría de aplicar en actividades auxiliares al transporte, tales como almacenamiento, y en la demanda de servicios auxiliares de transporte*³⁹².
- *El primer Reglamento de aplicación de las normas de competencia específicamente al transporte fue el Reglamento 1017/68, el cual trataba en exclusiva el transporte terrestre. Tenía una doble naturaleza pues establecía provisiones sustantivas y procedimentales.*

Aunque retrasado tres años³⁹³, se adoptó el Reglamento del Consejo 1017/68 de 19 Julio 1968 relativo a la aplicación de las reglas de competencia al transporte por ferrocarril, carretera y vías navegables³⁹⁴. Teniendo en cuenta las características específicas del sector del transporte terrestre (compuesto por ferrocarril, carretera y vías navegables), el Reglamento define los procedimientos para la aplicación de las reglas de competencia a las empresas en estos sectores y excluye ciertos acuerdos, decisiones y practicas concertadas de la prohibición del art. 101(1) TFUE³⁹⁵.

Se ha de tener en cuenta que el Reglamento 1017/68 tiene una doble naturaleza

provisión de servicios de transporte”.

³⁹¹ Esta perspectiva viene a ser confirmada por el nuevo Reglamento 1/2003, el cual ha abolido el Reglamento 141. En su considerando 36 expresamente reconoce la aplicación de las reglas generales de competencia al transporte: “(36) Así como la Jurisprudencia ha dejado claro que las reglas de competencia rigen para el transporte, este sector debe estar sujeto a las disposiciones procedimentales de este Reglamento. Por lo tanto, el Reglamento 141 de 26 nov. 1962 que excluía la aplicación del Reglamento 17 al transporte debe ser abolido y los Reglamentos 1017/68, 4056/86 y 3975/87 modificados en el sentido de suprimir las disposiciones de procedimiento específicas que contienen.”

³⁹² Es decir, el Reglamento 141 sólo excluyó la aplicación del R. 17/62 a la provisión de servicios de transporte.

³⁹³ El Reglamento 141 estableció que en relación con el transporte por ferrocarril, carretera y vías navegables la normativa de aplicación de las reglas de competencia debía ser adoptada antes del 31 dic. 1965 (art. 3).

³⁹⁴ Como se ha mencionado antes, modificado por el Reglamento 1/2003 de 16 dic. 2002 relativo a la implementación de las reglas de competencia establecidas en los arts. 101 y 102 del Tratado (DO L 1 de 04.01.2003).

³⁹⁵ La primera exención por categoría directa concedida por el Consejo de Ministros es regulada en el art. 4, pero excluye al ferrocarril por los umbrales cuantitativos exigidos.

legislativa porque contiene reglas materiales y formales³⁹⁶. Puede pensarse que estaba negando la aplicación de los arts. 101 y 102 al transporte terrestre al estar incluyendo también reglas sustantivas, pero las provisiones eran exactamente las mismas, sólo que aplicadas a este sector³⁹⁷.

- *El transporte marítimo en temas de competencia fue por primera vez normado por el Reglamento 4056/86, siendo parte de un paquete legislativo, aunque se excluyeron los servicios de rampa y cabotaje, los cuales, por lo tanto, quedaban bajo las reglas de procedimiento de los arts 104 y 105 TFUE.*

Como consecuencia, si una empresa de transporte ejecutaba actividades de transporte en otros sectores de transporte diferentes de su propio negocio (por ejemplo una compañía naviera ofreciendo servicios de transporte terrestre), estos últimos debían registrarse por la regulación respectiva bajo esa actividad específica³⁹⁸. De este modo, gracias al Reglamento 141, las reglas de competencia en el transporte constituían un complicado sistema dependiendo del modo de transporte, del tipo de servicio y del tipo de acuerdo.

- *El primer reglamento de transporte aéreo fue el Reglamento 3975/87, también parte de un paquete legislativo. El tráfico aéreo internacional entre un Estado miembro y terceros*

³⁹⁶ A modo de ejemplo refiero una Decisión de la Comisión en relación con la doble naturaleza de este Reglamento. Las compañías ferroviarias que formaban parte de la 'Unión Internacional de Ferrocarriles' notificaron en 1993 a la Comisión un acuerdo, sobre una estructura tarifaria común, para la venta de recorridos de transporte ferroviario. El acuerdo comprendía una tarifa porcentual del 1,1% sobre el total del transporte para los costes imprevistos. La Comisión declaró en la Decisión "Estructura tarifaria en el transporte combinado de mercancías" de 1993 que dicho acuerdo no podía ser aprobado en base al art. 3 del Reglamento 1017/68, a pesar de la mención contenida en el primer párrafo sobre la constitución de una estructura tarifaria, ya que la misma no tenía como objeto o efecto aplicarse a mejoras técnicas ni destinarse a la cooperación técnica (recordemos que el art. 101 (3) TFUE concede una exención a la prohibición del acuerdo, decisión o practica si contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico). El acuerdo tenía en realidad, el objeto de impedir una posterior reducción de las entradas de ingresos de las empresas ferroviarias y producir efectos sobre los precios finales. En definitiva, parte de la tarifa prefijada (el 1,1% para costes imprevistos), violaba el art. 3 del Reglamento. No obstante, la Comisión exceptuó el acuerdo en virtud del art. 5 del mismo, puesto que la estructura tarifaria y la fijación de un interés común para los costes imprevistos facilitaba a los operadores las operaciones de comparación de precios; la Comisión lo consideró una restricción necesaria por la específica situación del mercado de aquel momento. Olmedo Gaya, A., *El Nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica*, Aranzadi Editorial, 2000, pag. 222 y 223.

³⁹⁷ El art. 2 del Reglamento reproduce la prohibición contenida en el art. 101(1) TFUE, y el art. 8 prohíbe el abuso de posición dominante de forma similar al art. 102 TFUE. Como decimos, estas disposiciones no alteran el contenido sustantivo de los arts. 101 y 102, y son puramente declaratorias. Se incorporaron en ese momento al Reglamento porque los Estados miembros estaban divididos entre si las reglas de competencia se aplicaban o no al sector del transporte. Tema que fue zanjado por el TJCE en el caso *Nouvelles Frontières* a favor de su aplicabilidad (asuntos conjuntos 209-213/84, Rec. 1986, 1425), véase en el capítulo I epígrafe 2.1 de este trabajo.

³⁹⁸ Especialmente complicado cuando las conferencias de línea navieras intentaban fijar tarifas

países fue excluido y por lo tanto, quedaba bajo los arts. 104 y 105 TFUE. Desde el 1 de Mayo 2004 todo el transporte aéreo está regulado por el Reglamento 411/2004.

Actualmente, las disposiciones sustantivas de la competencia se contienen en los arts. 101 y 102 del TFUE y en los pocos reglamentos que aún quedan en vigor correspondientes a cada modo de transporte.

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 revoca el Reglamento 17 y los reglamentos que establecían procedimientos específicos dentro del Derecho de la Competencia para el transporte, y por tanto, también revoca el Reglamento 141. No nos vamos a extender más en el estudio del Reglamento 1/2003, ya que volveré a referirme a él en el capítulo siguiente. Únicamente para finalizar, y concretamente en lo que concierne al transporte, indicar que, como hemos dicho, el transporte se engloba ya totalmente en el régimen de este nuevo sistema que establece el Reglamento 1/2003, y en este sentido se modifican los Reglamentos 1017/68, 2988/74, 4056/86, 3975/87, (ya vistos), y 19/65, 2821/71, 1534/91, (estos tres últimos relativos a la aplicación del art. 101(3) TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas) y, 3976/87 y 479/92 con el fin de dejar únicamente en vigor aquellas exenciones por categoría que quedan vigentes³⁹⁹.

2. Aplicación del Derecho de la Competencia al mercado ferroviario. Primer problema: qué mercado definir.

Respecto al sector ferroviario, la política de la UE pretende su revitalización a través de la mejora de la competencia en todo el mercado de transporte en general, y por tanto, trata de introducir y fomentar la competencia entre las propias compañías ferroviarias. Nuevos operadores que provean nuevos servicios pueden ganar porcentaje de mercado para el ferrocarril en el conjunto del mercado de transporte. Con la apertura a la liberalización de esta industria se pretende que la competencia juegue un papel más significativo, y en particular, evitando que los operadores tradicionalmente dominantes, que aún controlan un 90% del mercado doméstico ferroviario, cierren la entrada a nuevos competidores o que terminen por eliminar la competencia potencial⁴⁰⁰.

comunes para llevar a cabo transporte multimodal.

³⁹⁹ Relativos a la aplicación del art. 81(3) TCE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, el Reglamento 3976/87 en el sector aéreo y el Reglamento 479/92 para las conferencias de líneas navieras.

⁴⁰⁰ NARINGSLIV, S.: "Transport Policy – Goods by rail. The way to an open European market", Estocolmo, sept. 2002, pag. 7, "La legislación ferroviaria debe ser armonizada y modernizada. Existen dos puntos esenciales por los que empezar: El primero es lograr una separación completa de funciones dentro del sector ferroviario – gestión de infraestructura, operaciones de transporte y supervisión

En el análisis de mercado que se lleva a cabo para valorar la existencia de un abuso monopolístico en la industria ferroviaria, se ha de tener en cuenta que pueden darse cuatro clases de alternativas específicas de competencia⁴⁰¹:

- Competencia intramodal, es decir, entre empresas ferroviarias competidoras;
- Competencia intermodal, cuando otros modos de transporte compitieran con el transporte ferroviario, como el transporte marítimo, por carretera o gaseoductos;
- Competencia inter-producto, es decir, la posibilidad de disponibilidad de otros productos sustitutivos en el punto de consumo puede limitar la habilidad de un único transportista del producto en cuestión de mantener sus precios o tarifas a un nivel monopolístico, puesto que pueden adherirse otros transportistas que transporten otros productos sustitutivos;
- Competencia geográfica, en el caso de que existiera una sólo ruta entre dos puntos, que hiciera imposible el uso de rutas alternativas.

Teniendo en cuenta que la posición dominante en un mercado se define como la ausencia de competencia efectiva por parte de otros operadores de ferrocarril o de otros modos de transporte, para ciertos productos en ciertos lugares⁴⁰², cuando el transporte ferroviario sea la única alternativa o la más rentable, pueden producirse abusos de explotación a menos que los consumidores (y distribuidores) encuentren un producto sustitutivo o sustituyan el origen del producto. Pero si no es así, se produce un “bottleneck”⁴⁰³ en el transporte de ese producto que puede ser usado para tratar de extender también ese dominio a otros recorridos competitivos.

De este modo, el gestor de una infraestructura ferroviaria puede usar su control del “bottleneck” no sólo para un abuso de explotación del precio sobre su cliente y competidor (en el mercado subordinado), sino para capturar todo el movimiento de la mercancía y

regulatoria. Segundo, el ferrocarril debe ser parte del mercado común y sujeto a las reglas de competencia de la Unión. El punto clave de esta transformación es lograr una mayor interoperabilidad coordinando la seguridad, señalización, sistema eléctrico y regímenes regulatorios para toda Europa, con el fin de facilitar el tráfico ferroviario en las fronteras. La adición continua de leyes a la legislación existente ha conducido en el pasado a dificultades interpretativas e incertidumbre”.

⁴⁰¹ KAHN A.E.: “Market Power Issues in Deregulated Industries”, *Antitrust Law Journal*, 1992, vol. 60, pp. 857-866.

⁴⁰² Piénsese por ej. en el carbón que procede de una determinada mina, u otros productos a granel, como el cemento, etc.

⁴⁰³ *Bottleneck* o “cuello de botella” en la traducción literal. Este término inglés es muy nombrado en el área de la regulación. BAUMOL, W.J.: “Having your cake: how to preserve universal-service cross subsidies while facilitating competitive entry”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 16, 1999, pp. 1-18, define los “*bottleneck services*” (como serían los servicios de transporte ferroviarios) como aquellos servicios indispensables para tanto la empresa dominante como sus competidores en la

producir un cierre de mercado a la competencia, constituyendo entonces un abuso anticompetitivo⁴⁰⁴.

En principio, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, se puede establecer la coexistencia de dos mercados en la industria ferroviaria en general: el mercado primario, de servicios de infraestructura, y el secundario, de servicios de transporte. En el primario⁴⁰⁵, se pueden establecer dos submercados: de tracción y de acceso a la red. Esto es así porque desde el punto de vista de un operador estos dos submercados son necesarios para poder operar los servicios de transporte ya que no son intercambiables entre sí.⁴⁰⁶

El acceso a la infraestructura de red incluye diferentes servicios que tienen lugar en diferentes puntos al mismo tiempo. En concreto, son importantes: la gestión de las peticiones de capacidad y el permiso para el uso de la vía, el control del tren incluyéndose la señalización, regulación y la provisión de información sobre el movimiento del tren, acceso a las instalaciones para reponer combustible, acceso a las estaciones de pasajeros, acceso a instalaciones de almacenamiento o de mantenimiento, etc⁴⁰⁷.

Los servicios de tracción⁴⁰⁸ se componen de la provisión de la locomotora y el conductor para la realización de un servicio de transporte específico en el mercado derivado. También ha de incluirse un servicio de apoyo de locomotora y del conductor en caso de que la sustitución devenga necesaria (por ejemplo en caso de avería).

producción o entrega del producto final.

⁴⁰⁴ Una manera para tratar de evitarlo es garantizar derechos de recorrido o asignación de rutas al competidor, llamados franjas o surcos ferroviarios.

⁴⁰⁵ Así se establece en el caso *Deutsche Bahn*, T-229/94, Rec. 1997, II-1689 (parr. 77).

⁴⁰⁶ Así lo dice la Decisión de la Comisión, *Georg Verkehrsorganisation (GVG) c/ Ferrovie dello Stato (FS)* de 27.08.2003, (2004/33/EC), COMP/37.685 GVG/FS (DO L 6, 10.1.2003), párr. (48): “Pueden identificarse dos mercados, el de acceso a infraestructura y el de tracción.”, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:011:0017:0040:ES:PDF>

⁴⁰⁷ Véase el Anexo II de la Directiva 2001/14/CE de 26 Febrero 2001, que hemos analizado en el capítulo I, epígrafe III, punto 4.3. Asimismo a los Servicios ferroviarios relacionados dedicamos el epígrafe IV, punto 2, del capítulo IV.

⁴⁰⁸ La cuestión que surge es si entonces las compañías nacionales de ferrocarril tienen la obligación de proveer la tracción a (pequeños) competidores si, dadas determinadas condiciones en el mercado, son el único recurso posible. En la Decisión *ENS*, (que se verá en el capítulo IV), la Comisión argumentó que las locomotoras y los conductores son un recurso esencial. Tal argumento fue rechazado por el TPI, que indicó que no podía concluirse de la Decisión de la Comisión que terceros operadores no podían obtener locomotoras o directamente de los fabricantes o indirectamente alquilándolas de otras compañías. De igual modo, con los conductores. Siendo cierto que el razonamiento del Tribunal se aplicaría ciertamente en un mercado genuinamente liberalizado, no es del todo desacertado considerar la tracción como un recurso esencial cuando la liberalización aun no se había producido. De este modo, es muy probable que el nuevo competidor se enfrentara a una combinación de barreras de entrada económicas, técnicas y legales[□], que harían la provisión de la tracción enteramente dependiente del operador nacional. No olvidemos que la adquisición de locomotoras conlleva costes fijos significativos.

En relación al mercado secundario de servicios de transporte ferroviario, un tema crucial es si considerar este mercado *inter-modal* o *intra-modal*. Es un aspecto decisivo teniendo en cuenta que en el sector del transporte por ferrocarril puede considerarse cada ruta particular un mercado relevante en sí mismo y que dependiendo de la amplitud con que se defina el mercado en consideración se podrá establecer o no la posición de dominio en el mismo. Si consideramos *inter-modal* el mercado relevante, entonces el transporte ferroviario es parte de un mercado más amplio que incluye el transporte aéreo y por carretera, y consecuentemente, en la mayoría de los casos no se considerará dominantes a las compañías ferroviarias nacionales en el mercado secundario. Y por tanto, no estarán sujetas a la disciplina del art. 102 TFUE, aún incluso si su conducta es restrictiva o excluyente con el fin de mantener a los competidores fuera del mercado secundario. Ahora bien, la Comisión suele aplicar una definición limitada del mercado relevante, ya que asume que el solapamiento entre mercados de transporte vecinos no tiene la suficiente fuerza competitiva para disciplinar a los operadores dominantes. Además, para distancias por encima de los 400 km, no se considera el transporte por carretera y ferrocarril sustitutos del transporte aéreo⁴⁰⁹.

Lo cierto es que el análisis de si el mercado es *intra-modal* o *inter-modal* ha de hacerse caso por caso. Así, puede llegarse a conclusiones diferentes para el transporte de carga o de pasajeros. En el caso de transporte de pasajeros, el transporte ferroviario ofrece diferente calidad de servicio según se compare con el transporte por carretera o aéreo. Grandes diferencias de precio para la misma ruta ya sea por ferrocarril, carretera o tráfico aéreo también indican que la competencia *inter-modal* no constriñe la política de precios de los operadores dominantes. De este modo, no es descabellado considerar que se aplique el art. 102 TFUE a ciertos casos en el contexto de una definición de mercado *intramodal* más limitada. Respecto al transporte de carga, el TJCE confirmó en el asunto *DB* de 21 Octubre de 1997 que la Comisión estaba en lo cierto al considerar únicamente la competencia *intra-modal*. En esta decisión, el TJCE concluyó que *‘la Comisión había estado acertada al no tomar en consideración, en su definición material del mercado, los servicios suministrados por . . . los operadores de transporte por carretera y vías navegables’*.

3. Ventajas y desventajas de la integración vertical versus separación vertical desde el punto de vista del Derecho de la Competencia.

Como ya sabemos, la introducción de competencia en un mercado, y también en el

⁴⁰⁹ Decisión de la Comisión, *Austrian Airlines c/ Lufthansa*, de 5 Julio 2002, (DO L 242/25, de 10 septiembre 2002).

mercado ferroviario, conlleva la desregulación de tal mercado, ya que la libre competencia será la que finalmente dirija ese mercado. Es de opinión de muchos autores (a los que yo me uno), por ejemplo, nombro a Massa⁴¹⁰, -por referirse específicamente en este punto al transporte por ferrocarril-, que la desregulación favorece a los operadores o gestores que detentan un *bottleneck* porque son independientes para establecer los precios y otras condiciones en el transporte ferroviario y porque en un mercado liberalizado no se ven obligados a ofrecer o hacer el servicio de transporte si no es un servicio rentable comercialmente hablando. Ya hemos visto en este mismo capítulo que en casos de integración vertical en otras industrias sectoriales, y que son muy frecuentes en la industria ferroviaria, el gestor de la infraestructura o antigua empresa monopolista tiende a aprovecharse de su posición de dominio para competir en el mercado subordinado o de servicios (de transporte, en este caso) con otros operadores a los que da acceso a la infraestructura.

La razón por la que un monopolio se integra verticalmente es porque el transporte ferroviario se caracteriza por tener importantes costes hundidos y así, la infraestructura ferroviaria constituye un monopolio natural⁴¹¹. De este modo, y con el fin de evitar el uso del poder de monopolio, esta forma de organización ha sido generalmente operada por una empresa pública o fuertemente regulada⁴¹². Las ventajas principales de organizarse así

⁴¹⁰ MASSA, S.: "Injecting competition in the railroad industry through access", *Transportation Law Journal*, vol. 26, 1999, pp.283-318.

⁴¹¹ Citando a De la Cuétara Martínez, J.M., "Tres postulados para el nuevo servicio público", en la obra colectiva *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 169: "El monopolista tiende por naturaleza a la integración de actividades, puesto que su dependencia de uno o varios proveedores externos podría generar puntos débiles en su fortaleza."

⁴¹² Los fallos de mercado en las industrias de servicios públicos eran tradicionalmente tan grandes como para desarrollar estructuras de propiedad estatal, integración vertical y monopolio. Respectivamente, la propiedad estatal resolvía el conflicto de intereses respecto a la bonanza de lo privado versus lo público; la integración vertical garantiza que se traslade a los clientes, y así éstos, soporten el riesgo de la inversión debida a los costes hundidos inherentes en el mercado primario; y el monopolio evitaba la competencia destructiva. Hoy en día, la emergencia de empresas integradas verticalmente es una respuesta a los altos costes de transacción que surgen a consecuencia de las muchas transacciones que se darían entre las empresas que producen bienes y productos intermedios para con las empresas no integradas verticalmente cuando se ha producido la separación. En el pasado, los costes de las órdenes y el control de organizaciones complejas limitaba el crecimiento de las empresas integradas verticalmente, pero el avance tecnológico en los sectores de información y comunicación hace más fácil y menos costoso el control de estas complejas organizaciones. Ahora bien, por otro lado, nos encontramos con las desventajas de estas complejas organizaciones o conglomerados, la falta de sensibilidad a las señales de mercado explícitas conduce a ineficiencias en el seno de las mismas. Por ello, la externalización o subcontratación (*outsourcing*) se ha convertido en una estrategia reciente, lo que implica que hay un gran número de empresas que externalizan las funciones de transporte y distribución. Es un desarrollo relevante desde la perspectiva de la consecución de un transporte sostenible: las empresas especializadas de logística están mejor equipadas y se encuentran en una posición más flexible para combinar diferentes consignaciones, para encontrar demanda con el fin de no realizar el viaje de vuelta en vacío y para elegir el modo de transporte más apropiado a la situación concreta. Asimismo la introducción del principio de 'justo a tiempo' en los procesos de producción y distribución resulta en un menor estocaje y almacenamiento aunque con mayor número de viajes o entregas, lo que puede dar lugar a

proviene de la integración de los estadios principales del proceso de producción, lo que permite la coordinación y planificación integrada de la red en su conjunto. Esto es, con la integración de la gestión de la infraestructura y de las operaciones puede ser mucho más fácil planificar la inversión futura y programar las operaciones. Las desventajas de esta organización monolítica se sientan en la falta de competencia; como resultado, es difícil proveer de incentivos para mejorar la eficiencia y productividad en la industria. Además, como la industria está en manos del Gobierno, es muy probable que los objetivos no tengan un enfoque comercial sino una base social y, así, de limitado empuje para mejorar la eficiencia productiva.

El primer caso de separación vertical en Europa fue el ferrocarril sueco en 1988. La base para este tipo de estructuración es la introducción de competencia en la operación de servicios mientras que al mismo tiempo se acepta la necesidad de un monopolio para la gestión de la infraestructura. De este modo, se eliminan los altos costes hundidos para las empresas operadoras, desapareciendo así la principal barrera de entrada en esta industria. El Gobierno puede mantener el monopolio de la infraestructura o puede encargarlo a una compañía privada; en éste último caso, será necesaria una regulación estricta y la monitorización de la gestión con el fin de evitar el abuso del poder dominante. Se consigue además una mayor especialización en la operación de los servicios. También se dan algunas desventajas: al coexistir un número de empresas diferentes ofreciendo servicios en la misma infraestructura, es muy difícil generar un horario y asignar la capacidad de forma que satisfaga a todos los operadores. Además, como cada empresa domina ciertas rutas, independientes de otras rutas también dominadas por otros operadores, existe la posibilidad de que se creen monopolios en determinados flujos. Asimismo, una falta de compatibilidad en la política de tarificación y en las características de los servicios puede afectar a los usuarios finales. De este modo, el grado de separación, el nivel de competencia, y la propiedad de la infraestructura varía entre los diferentes países, siendo los más avanzados en el grado de apertura Reino Unido, Suecia y Alemania, en este orden. En la Europa Occidental, Reino Unido (como ya hemos visto en el capítulo I, último epígrafe) es el único país que tiene privatizadas tanto la gestión de la infraestructura como las operaciones. Sin embargo, en el resto de los países y con diverso grado de separación (- en orden de menor a mayor apertura: la infraestructura y las operaciones sólo están separadas contablemente, o separadas en la organización bajo un mismo holding o empresa matriz, o separación institucional-) tanto la infraestructura como el operador

una mayor carga medioambiental en el transporte de carga por carretera, al convertirse la función de almacenamiento en parte del sistema de transporte. En RIETVELD, P. y STOUGH, R.: "Institutions, regulations and sustainable transport, a review", *European Journal of Transport and Infrastructure Research*, (EJTIR), vol. 6, n° 1, 2006, pág. 103.

principal son de propiedad estatal. Por tanto, existen problemas obvios para aumentar el grado de competencia en una situación en que el operador principal todavía controla la infraestructura⁴¹³.

La empresa ferroviaria integrada verticalmente puede ser perjudicial para la competencia porque su mera existencia disuade a los competidores potenciales a introducirse en un sector que requiere una inversión sumamente importante para poder establecerse inicialmente. De lo que se deduce, y por lo tanto, es objeto de debate desde una perspectiva de política de competencia, que la mejor solución sea la separación del gestor de la infraestructura del suministrador de los servicios de transporte. Para un operador ferroviario integrado verticalmente, existe un conflicto fundamental de intereses. El interés comercial en vender capacidad en la red a otras empresas ferroviarias debe ser comparado con el riesgo comercial de pérdida de tráfico a favor de otras empresas competidoras en el mercado secundario de transporte de carga y de pasajeros. Si se le da acceso a una compañía ferroviaria competidora en una ruta, desde el punto de vista del operador nacional, los ingresos generados por la provisión de la capacidad de red pueden ser compensados por la pérdida de ingresos al perder porcentaje de mercado en el mercado secundario. El operador ferroviario nacional tiene entonces un interés económico en discriminar en su favor cuando garantiza el acceso a su red a otros rivales. Es necesario que tales empresas verticalmente integradas garanticen el acceso a su red en términos no-discriminatorios y transparentes, como lo establece la legislación secundaria (regulación comunitaria) y porque se considera la infraestructura un recurso esencial. Si los Estados miembros deciden mantener empresas ferroviarias integradas, están entonces obligadas a encomendar las funciones esenciales enumeradas en el Anexo II de la Directiva 91/440 (y después en la Directiva 2001/14) a empresas independientes. En relación con decisiones relacionadas con la asignación de capacidad y tarificación de la infraestructura, la Directiva 2001/14 estipula que se hagan cargo de estas funciones empresas que sean independientes en su forma legal, organización, y toma de decisiones de cualquier otra empresa ferroviaria. Una separación completa de la operación de infraestructura y de los servicios de transporte sería la solución más compatible con las Directivas ferroviarias y el art. 106 TFUE porque, como hemos visto en el capítulo I, sólo se exige la separación contable, y por ello, las empresas ferroviarias nacionales han adoptado diversas estructuras a partir de esta mínima separación contable. También sería preferible desde un punto de vista de política de la competencia, porque reduce el riesgo de un abuso de posición dominante. Finalmente, sería la mejor solución desde un punto de vista económico en

⁴¹³ Como explican NASH y RIVERA-TRUJILLO en "Rail regulatory reform in Europe: principles and practice", *STELLA Focus Group 5 synthesis meeting*, Atenas, junio 2004, pp. 6,7,8,9, 20, 21, 22 y 23.

general, al garantizar el uso efectivo de una capacidad de red escasa. En contraste con el operador integrado verticalmente, un gestor de red verdaderamente independiente no tiene que enfrentarse a un conflicto de intereses; tendrá un incentivo para promocionar y vender su capacidad a los diferentes operadores ferroviarios⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Sin embargo, GOMEZ-IBÁÑEZ, J.A. en "Railroad reform and competition: an overview of the options" en *Conferencia sobre la Competencia en la Industria Ferroviaria*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 16 y 17 de septiembre de 2004, pp. 1 a 10 y 18 y 19, pone de manifiesto las desventajas de la separación vertical. La ventaja que genera la introducción de competencia cuando se produce la separación vertical de un sistema ferroviario conlleva al mismo tiempo altos costes por la falta de coordinación que se produce cuando las actividades son proporcionadas por empresas separadas. Mientras que una competencia intensa reduce costes y aumentan los beneficios al limitarse la intervención gubernamental, por otro lado tiene el efecto contrario por los costes de la separación vertical. La competencia facilita el menor intervencionismo gubernamental porque reduce la necesidad del Gobierno de proteger a los consumidores del monopolio ferroviario. Similarmente, si los ferrocarriles ya han de enfrentarse a la competencia de otros modos de transporte, de otras localizaciones y de otros servicios, la introducción de más competencia imponiendo el acceso de otras empresas a la infraestructura ferroviaria es muy probable que sea poco beneficiosa. Más aun, la separación estructural vertical amenaza la calidad del servicio, pues ésta depende fuertemente en la coordinación inmediata entre infraestructura y operaciones, siendo que la coordinación es más difícil cuando las dos actividades son suministradas por compañías separadas. Algunos autores opinan, por otra parte, que la implicación gubernamental en el ferrocarril, ya sea como propietario o regulador, es contraproduktiva porque hace más difícil a la industria adaptarse a nuevas circunstancias. La propiedad pública está a menudo acompañada de la subvención pública y al mismo tiempo de exigencias para atender la necesidad de empleo, desarrollo regional y otros objetivos sociales acordes con la función del transporte por ferrocarril. En el pasado se presionaba a los ferrocarriles para emplear más personal del necesario o a mantener líneas y servicios poco rentables y a penas utilizados, y en consecuencia, el coste de estas obligaciones solía exceder los subsidios recibidos. Los esfuerzos para reducir la implicación del Gobierno en la gestión ferroviaria empezó entre 1960 y 1970 cuando algunos países experimentaron con convertir sus ferrocarriles de agencias gubernamentales en corporaciones de propiedad pública. Sin embargo, la corporización demostró ser decepcionante principalmente porque hizo poco por aliviar las presiones en la persecución de objetivos irrealistas o conflictivos. En los 80 se empezó a privatizar o desregular como medio de limitar el papel del gobierno en la industria, así como la introducción de competencia y separación institucional vertical, que vinieron influidas por las experiencias de las industrias eléctrica y de telefonía. Ahora bien, en opinión de este autor, la estrategia de la separación y con ella, de procurar acceso obligatorio para otros operadores, no limita el intervencionismo gubernamental en esta industria. Al contrario el acceso obligatorio hace la tarea del gobierno mas complicada al ser responsable de supervisar la coordinación de la infraestructura y las operaciones por empresas separadas. Asimismo, dice que la entrada al mercado resulta menos desincentivada por la eficiencia de los operadores que por las dificultades que conlleva conseguir los activos y cumplir con regulaciones y estándares técnicos conflictivos. Es la razón que lleva a la creación de la Agencia Ferroviaria Europea con el fin de la armonización de los estándares y así reducir barreras a la entrada. Después de la separación, la coordinación tiene que llevarse a cabo a través de acuerdos contractuales entre las empresas separadas, que tienen algunos intereses comunes pero muchos conflictivos. Y si el gestor de la infraestructura tiene poder de monopolio, puede que los acuerdos tengan que ser supervisados por el órgano regulatorio del gobierno. La clave para resolver este problema de coordinación es el establecimiento de cánones y otros términos de acceso que aporten los incentivos apropiados para ambas partes, gestor de infraestructura y operadores. Ahora bien, el panorama se complica aún mas al estar la infraestructura caracterizada por costes hundidos sustanciales y economías de escala, de modo que el coste marginal de acarrear un tren adicional es menor que el coste medio, especialmente en el caso de que la red tenga exceso de capacidad. Los cánones que se fijan en el coste marginal fomentaran el uso eficiente de la capacidad existente, pero no generaran ingresos suficientes para hacer al gestor de la infraestructura autónomo financieramente. Una solución, adoptada principalmente en Escandinavia, es que el Gobierno subvencione a la empresa gestora de la infraestructura para equilibrar las pérdidas que conlleva fijar el precio al coste marginal. Una alternativa mas popular es permitir al gestor de infraestructura discriminar entre sus clientes imponiendo a los clientes menos sensibles al precio cánones por encima del coste marginal (al hilo de este punto ver FURSE, M. en "Monopoly Price Discrimination,

Si se trata de un fallo de mercado endémico o estructural de estas industrias, como parece ser el caso, ya que incluso, como hemos mencionado anteriormente, se considera a la infraestructura ferroviaria como un monopolio natural⁴¹⁵ (por la misma Comisión Europea en la Directiva 2001/14, como vimos en el primer capítulo), la regulación sectorial, en general, viene a salir al paso, como sabemos, de los problemas existentes en los mercados. No es misión de la regulación sectorial tener en cuenta la política de competencia⁴¹⁶ (entendida como la protección general del proceso competitivo en un mercado), sino que se trata de regular una situación de “cuello de botella” o *bottleneck* en la que la empresa dominante da un servicio inadecuado o provoca el cierre a un servicio más eficiente que podría proporcionar una empresa competidora.

Ahora bien, la apertura de un mercado a la libre competencia a través de la desregulación conlleva al mismo tiempo la introducción de medidas regulatorias con el fin de contrarrestar los efectos negativos de tal desregulación. Se trata de la solución regulatoria para solucionar la falta de competencia en un mercado para éste pueda ser efectivo. Claro

article 82, and the Competition Act”, *ECLR*, 2001, n° 5, pag. 154, ver nota al pie 85). La discriminación en el precio evita el desperdicio del dinero público y los problemas potenciales de incentivos de los subsidios públicos, pero hace más controvertida y subjetiva la fijación del precio. El autor termina examinando la situación del ferrocarril español aconsejando mayor privatización y menor separación vertical, siempre proveyendo el libre acceso conforme a las Directivas comunitarias, pero sin ir más lejos que lo exigido respecto a la separación vertical. Parece un error la separación vertical de las líneas de alta velocidad de pasajeros, especialmente porque sufren una intensa competencia por parte del coche, autobús y avión. Hasta el punto que las líneas convencionales pueden dividirse claramente en carga, de pasajeros regionales o de cercanías, tiene sentido establecer una o más compañías integradas verticalmente para cada uno de estos servicios, incluso privatizar las de carga y de pasajeros dentro de la ciudad, y respecto a las cercanías, si existe poder de mercado, concesionarse por tiempo limitado, pero siempre como compañías integradas.

⁴¹⁵ El monopolio natural es considerado un fallo de mercado, que se da típicamente en casos de industrias de red, caracterizadas por economías de escala y alcance, irreversibilidad de costes y externalidades de red. En pág. 241 de KIRCHNER, C.: “Regulating towards what? The concepts of competition in sector-specific regulation, the likelihood of their realisation and of their sustainability, and their relationship to rendering public infrastructure services”, editado por Ullrich, H. *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, 2006, Ascola. También THOMSON, pp. 106 y 110 a 113: *La demanda de transporte es un servicio no en un número de puntos, sino a lo largo de líneas entre puntos. Frecuentemente no hay grandes volúmenes de gentes ni de mercancías que requieran transporte a lo largo de la misma línea al mismo tiempo. Una aspiración básica de la industria del transporte es hacer el mayor número posible de viajes conjuntamente, por lo menos en parte de su curso, con objeto de obtener economías de escala. La concentración de tráfico en unas pocas rutas principales es un rasgo de todos los modos de transporte. Lleva a la conocida situación de que una gran proporción del tráfico se realiza por una pequeña proporción del sistema de transporte. Mayores volúmenes de tráfico en las rutas de acarreo en línea permiten economías de escala, tanto en la infraestructura como en el rendimiento del funcionamiento de vehículos y flotas. Hay también economías de escala en el mantenimiento de la infraestructura. Mayores volúmenes de tráfico permiten emplear vehículos más grandes que generan nuevas economías de escala. Aunque el transporte es el instrumento por el que otras industrias logran también economías de escala, su verdadera índole le impide a menudo lograr éstas. El transporte es, en su mayor parte, una industria emprendida en una escala relativamente pequeña en un número enorme de líneas.*

⁴¹⁶ Lo que no quiere decir que no tenga que respetar dicha política de competencia.

está, con la re-regulación⁴¹⁷ surge el riesgo de sobre-regular un mercado en el que lo que se pretendía era precisamente lo contrario, además de los altos costes administrativos y regulatorios que se generan⁴¹⁸.

En general, la regulación dispone de tres tipos de medidas estructurales para remediar los fallos que surgen en los mercados ferroviarios en los que existen “cuellos de botella” que pueden dar lugar a comportamientos anticompetitivos:

- ‘Desinversion’ (*divestiture*) o venta de los activos de la empresa dominante. Así sería por ejemplo el desmantelamiento selectivo de ciertas líneas ferroviarias para crear otras líneas en competencia. Ahora bien, pueden darse problemas logísticos como los grandes costes que implica reconstruir líneas abandonadas o la mejora de líneas secundarias con el fin de crear una nueva línea que compita con aquélla en la que se da el *bottleneck*. También pueden surgir problemas por la falta de conocimiento institucional de la operatividad y por falta de experiencia en la dirección de estas nuevas líneas independientes⁴¹⁹, si lo comparásemos con gestores ferroviarios de gran escala o que tengan el conocimiento operativo de la región. Asimismo el

⁴¹⁷ Cito a KIRCHNER, C.: “Regulating towards what? The concepts of competition in sector-specific regulation, the likelihood of their realisation and of their sustainability, and their relationship to rendering public infrastructure services”, en Ullrich, H., *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, 2006, Ascola, pag. 243: *A nivel europeo, la desregulación en los mercados nacionales se ha combinado con un movimiento re-regulatorio dirigido a la regulación sectorial específica europea de los monopolios nacionales anteriores (en los campos de las telecomunicaciones, energía, servicios postales, transporte ferroviario).*

⁴¹⁸ VRIJMOET, D. y ROSENSTOK, J.: “How to regulate new markets? Innovation and competition in the EU electronic communications framework”, Agenda, Oxera, nov. 2005. Es opinión de estos autores que el problema que conlleva la sobre-regulación y la inseguridad regulatoria es que encarece la inversión en ese determinado sector. Ahora bien, la ausencia total de regulación lleva al cierre del mercado por los abusos anticompetitivos a los que tienden las empresas dominantes. Para dar solución a ambos problemas, los autores proponen un enfoque regulatorio basado en la no-replicabilidad de los activos y en centrarse en la regulación de los *bottlenecks* de infraestructura más que en la regulación de mercados, de este modo resolviendo el problema de los incentivos a la inversión. Este enfoque evita el problema de la re-monopolización en la re-regulación de un mercado (recientemente desregulado). Los nuevos competidores tendrán acceso a activos no-replicables en términos regulados apropiadamente. Asimismo, permite a los reguladores nacionales regular con mayor confianza; éstos, al considerar los planes de inversión de los principales operadores, han de valorar dónde y si los servicios en juego implican la replicabilidad de los activos, y la posibilidad de que surjan problemas estructurales de competencia, por lo que, podrán, entonces, imponer remedios apropiados. Este enfoque es consistente con el principio de que es más importante maximizar la eficiencia dinámica de la innovación tecnológica en industrias de red que maximizar el bienestar general de la eficiencia estática. De este modo, en un sector regulado, si un activo es considerado como replicable, o se espera que lo sea en un tiempo determinado, no será necesaria la regulación, aunque por supuesto el derecho de la competencia será totalmente aplicable. La replicabilidad de los activos no excluye la posibilidad que una empresa tenga una posición de mercado fuerte. Desde mi punto de vista, estos autores vienen a decir que si un activo es esencial o no replicable entonces la regulación entra en juego, y a partir del momento en que deja de ser esencial y puede ser replicable entonces queda al control del Derecho de la Competencia.

⁴¹⁹ En este sentido ver el capítulo I, epígrafe 4 relativo a la experiencia británica, y las causas que condujeron a los accidentes de Hatfield.

momento elegido para el desmantelamiento puede afectar debilitando la empresa vendida o limitando la elección de los compradores de sus activos que existan en ese momento. Tampoco hay que olvidar el hecho de que el desmantelamiento conlleva mucha regulación.

- Regulación de precios y elección del punto de intercambio. Se trata de regular el *bottleneck* para que se establezcan unas tarifas razonables o precios máximos, y, para que haya más libertad de elección de rutas para los operadores de transporte ferroviario.

En el primer caso de regulación de precios, esta reforma es criticada porque es muy difícil establecer precios diferenciados según el producto transportado o el servicio ofrecido. Ahora bien, un gestor de infraestructura tiene incentivos para la diferenciación de precios porque puede obtener de aquellos operadores que son cautivos (es decir, aquéllos que no tienen más remedio que utilizar ese servicio del *bottleneck*) una porción mayor para sufragar sus costes fijos y de este modo ofrecer otros tráficos menos rentables, siempre que produzcan ingresos por encima de los costes variables (por tanto, sin ser necesaria la regulación de precios). Así, la empresa puede ofrecer una mezcla óptima de tráficos. A favor de la reforma, también se afirma que aún regulando los precios se pueden tarifar los servicios de manera diferenciada por debajo del precio máximo y hasta llegar a ese precio máximo⁴²⁰.

⁴²⁰ FURSE, M., "Monopoly Price Discrimination, article 82, and the Competition Act", *ECLR*, 2001, n° 5, pág. 154. Es muy interesante poner de relieve lo que dice este autor: las estructuras de costes difieren inevitablemente entre diferentes industrias y, a consecuencia de ello, pueden darse razones legítimas por las que una empresa puede ejercer diferenciación en los precios. En algunas industrias, como las de red, la presencia de economías de escala y de alcance pueden dar lugar a que los costes marginales estén por debajo de los costes medios hasta el punto en que en un momento concreto el coste de una unidad adicional producida puede ser muy bajo, o incluso cero. Pero un nivel de precios que refleje esta situación no puede ser indefinido, puesto que se deben recuperar otros costes. En general, las empresas necesitarán fijar sus precios por encima de sus costes incrementales para que los costes comunes puedan ser recuperados. La diferenciación de precios entre los diferentes grupos de clientes puede ser un medio para lograr este objetivo; lo que como resultado aumentaría la producción y llevaría a los clientes que, de otro modo no podrían permanecer en el mercado al no poder pagar el precio, a obtener dicho servicio. De esta manera, en industrias con costes fijos o comunes muy altos y costes marginales bajos, puede ser más eficiente fijar precios más altos a clientes con una mayor disposición a pagar. Un ejemplo relevante son los recorridos en tren en horas punta: el imponer precios más altos con el fin de recuperar una proporción más grande de los costes fijos puede permitir al operador reducir la parte de los costes comunes (de los viajeros en hora punta y los que no viajan en hora punta) y por tanto, de los precios de los viajeros que no viajan en hora punta. Esta solución puede aumentar la producción en general, puesto que si a ambas categorías de clientes se les impusiera el mismo precio, los viajeros que no viajan en hora punta podrían elegir otro modo de transporte o no viajar en absoluto. Esto llevaría a los viajeros de hora punta a pagar todos los costes comunes. Se puede decir, por tanto, que la discriminación en el precio no constituirá un abuso si conduce a un mayor nivel de producción que si todos los clientes pagaran el mismo precio. Similarmente, imponer el mismo precio cuando los costes son diferentes puede ser también más eficiente en algunos casos. No se puede presumir, por lo tanto, que la discriminación en el precio por una empresa dominante constituya necesariamente

Respecto al punto de intercambio se dan tres alternativas en progresión de menos intervencionismo regulatorio a más:

- el regulador establece una ruta completa entre dos o más operadores, en la que el operador del *bottleneck* debe aceptar la carga de otro operador en un punto de intercambio, estableciéndose una tarifa conjunta al cliente para toda la ruta y, la división interna de la misma para su reembolso según el recorrido llevado a cabo, para uno y otro operador.
 - acceso a la red del gestor/operador del *bottleneck* a cambio de una tarifa, realizando de este modo todo el transporte íntegro puerta a puerta.
 - acuerdo recíproco de intercambio de vías por una tarifa para realizar cada uno una parte del recorrido
- Apertura obligatoria del acceso a la red nacional de ferrocarril. Con el separación de la gestión de la red de ferrocarril de la operación de los servicios de transporte ferroviario, las empresas operadoras pueden alquilar derechos de red o recorrido para ofrecer sus servicios sin tener que ser propietarios de la red, y otras empresas pueden también simplemente tener un derecho de vía que alquilan a los operadores, sin tener que transportar nada. Este tipo de acceso fomenta la forma más directa de acceso competitivo, y lógicamente trae consigo problemas de acceso y capacidad, y por tanto, desencadena la aplicación (y su polémica) de la DRE/EFD. Una cuestión importante en este contexto es el alcance de esta doctrina. Así, la aplicación de la DRE/EFD está limitada a las circunstancias de que la legislación sectorial falle en proporcionar acceso al mercado y tal acceso es imposible o irrazonablemente difícil, como por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 27 agosto de 2003 *GVG c/ FS*, que veremos más en detalle en el capítulo IV⁴²¹.

Es vital para la creación de una competencia efectiva en un régimen abierto de acceso, asegurar que el gestor/dueño de la infraestructura reciba una tarifa suficiente que le incentive a mantener la red sin verse tentado de explotar su posición dominante en la misma. Este es el sistema que la regulación comunitaria introduce en los sistemas

un abuso de posición dominante. La discriminación que se dirige claramente a excluir a los competidores será considerada, sin embargo, un abuso potencial. Los casos de discriminación en el precio han de ser examinados de acuerdo con las circunstancias de cada caso y de cada industria. En suma, se puede justificar la discriminación cuando los costes fijos son altos y los costes marginales bajos, como en las industrias de utilidades o distribución, puesto que sin la discriminación en el precio sería difícil recuperar los costes fijos. La diferenciación en el precio en tales industrias conducirá a un nivel más alto de producción y no es probable que constituya un abuso.

⁴²¹ Es la Decisión 2004/33/EC, (DOCE L 11/17, 2004), en el capítulo IV, epígrafe V-4).

ferroviarios europeos, dejando margen en el grado de apertura que cada país considere más apropiado.

Por ello, la reforma ferroviaria en Europa se ha basado en 5 principios clave:

1) *Separación de la infraestructura de las operaciones*. Es considerado un requisito esencial para el acceso libre sin discriminación. Aun así, surge la cuestión de los costes de transacción (los cuales afectan negativamente a las economías de alcance que se dan en el sector ferroviario) y que hace necesarios los contratos entre gestor de infraestructura y empresas operadoras;

2) *Acceso libre al mercado de servicios de transporte ferroviario*;

3) *Operación de los servicios de pasajeros a través de franquicias*. Como consecuencia de la necesidad de subvención y de intervención del Gobierno respecto al nivel de servicio y tarifas en el sector de pasajeros, es más aconsejable, por tanto, el modelo de licitación de franquicias que el libre acceso como forma de introducir la competencia en este sector⁴²²;

4) *Subcontratación*. La tendencia actual de la industria es concentrarse en el núcleo del negocio y subcontratar otros servicios (como el suministro de material rodante o locomotoras, reparación de las mismas, etc), lo que lleva a mayor competencia y oportunidades para la explotación de economías de escala y alcance por el contratista, que no estarían disponibles para el mismo en un sistema ferroviario integrado.

5) *Regulación independiente*. La función clave del órgano regulatorio dentro de este nuevo régimen en Europa es la regulación de las condiciones de acceso y cánones para poder garantizar un acceso justo y no discriminatorio para todos los operadores a la infraestructura, aunque la determinación del nivel adecuado del canon es muy complicada por los efectos en uno y en otro sentido que conlleva: - si se fija un canon equivalente únicamente al coste marginal tiene el efecto de necesitar amplias subvenciones y se desincentiva, por ello, la inversión; - si, por el contrario, se fija un canon alto que recupera gran parte de los costes (fijos y/o externos) tiene un efecto menos distorsionador, pero genera importantes barreras de entrada por el alto precio e impone problemas graves de información al regulador.

VII. CONCLUSIONES DEL CAPITULO

En este capítulo hemos visto que no es fácil distinguir entre Derecho de la Competencia y

⁴²² Se trata de competencia *por* el mercado (licitación) en vez de competencia *en* el mercado (acceso libre para ofrecer servicios de transporte ferroviario).

regulación. Incluso las mismas autoridades de competencia y organismos regulatorios muchas veces no son capaces de aplicar uno y otra apropiadamente, muchas veces incluso aprovechándose de esta dificultad de distinción.

La función del Derecho de la Competencia es poner fin a acciones ilegales ya identificadas, mientras que la regulación sienta las condiciones para alterar una situación existente, que es enteramente legal, para promocionar objetivos regulatorios; así también lo pone de manifiesto BEHRENS⁴²³, como sigue:

El Derecho de la competencia debe modularse para establecer un sistema abierto de mercado en libre competencia, que estimule a los agentes del mismo para la mejora de la eficiencia y el bienestar de la sociedad en general, sin esperar que el resultado esté en línea con nuestros valores sociales y de justicia (protección de los competidores, de los consumidores, del medioambiente u otros objetivos políticos). Cualquier deficiencia del mercado en este respecto puede corregirse después. Sin embargo, no debe ser corregida a través de medidas legales que distorsionen el sistema competitivo como tal, sino por medidas regulatorias específicas que están dirigidas directamente al logro de esos objetivos políticos y, consecuentemente, son más efectivas para el logro de los mismos. Tales medidas que están diseñadas de una forma u otra para corregir los resultados económicos del proceso competitivo no deben, sin embargo, minar la factibilidad del sistema competitivo en su conjunto. Un sistema económico y legal que ignore la eficiencia completamente no es sólo ineficiente sino fundamentalmente injusto.

Por otra parte, es obvio que las medidas regulatorias están disponibles con mayor laxitud que bajo la legislación de competencia, aunque, sean, de hecho, o similares o las mismas medidas, y que dichas medidas pueden ser impuestas *ex ante* (o incluso *ex post*) por las autoridades de regulación. Por tanto, debe establecerse un control más riguroso, transparente e independiente en la aplicación de las medidas regulatorias. Una vez alcanzada la liberalización de un mercado, queda al control del Derecho de la Competencia mantener unas condiciones de libre competencia que hagan posible un mercado eficiente.

Si la autoridad reclama estar actuando poderes que le asigna el Derecho de la Competencia, únicamente objetivos de Derecho de la Competencia, y no regulatorios, son legítimos, y, la idoneidad de las medidas adoptadas debe valorarse a la luz de dichos

⁴²³ BEHRENS, P.: "Comment: controlling dominance or protecting competition: from individual abuses to responsibility for competition", en H. Ullrich (Dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, ed. Ascola (Academic Society for Competition Law), Munich, 2006.

objetivos, y no en un ámbito más amplio de regulación o interés público.

En este sentido, y como veremos en los capítulos siguientes, la DRE/EFD se estructura bajo el Derecho de la competencia. Únicamente cuando la empresa dominante puede suministrar a sus competidores un producto o servicio sin el cual los competidores no pueden operar en el mercado, bajo el art. 102 (b) y (c), la empresa dominante tiene un deber de dar acceso o contratar con sus competidores, siempre que dicha empresa dominante haya cometido o esté cometiendo un abuso. No se da dicho deber de acceso o contratación a menos que exista un abuso, es decir, bajo el Derecho de la Competencia no hay un deber de acceso por razones puramente regulatorias, como por ejemplo para crear más competencia o por incrementar el bienestar económico.

Ahora bien, de la mano de la regulación a través de los paquetes de Directivas, como hemos visto en el primer capítulo, en la Unión se ha impuesto, a modo de reforma estructural, a empresas dominantes el deber de acceso/suministro en determinadas industrias, especialmente industrias de red, como la ferroviaria, con el fin de la liberalización y desregulación de dichos mercados. El diseño de la regulación de estos sectores a nivel comunitario se ha basado en los mismos principios y fundamentos sobre los cuales se construye la DRE/EFD con el mismo fin de garantizar el acceso a un competidor a un recurso o red irreplicable, y por tanto, esencial para competir. Apropiadamente o no aplicadas dichas medidas regulatorias, que además pasan a formar parte de las legislaciones nacionales, -en un intrincado de autoridades nacionales de competencia y órganos regulatorios que han de coordinarse además a nivel europeo y de acuerdo con la Comisión y la jurisprudencia de los tribunales de la Unión-, no hemos de perder la perspectiva de que es el Derecho de la Competencia, por encima de todas estas medidas, el que, a la postre, ha de vigilar la condición competitiva de los mercados liberalizados y castigar las infracciones anticompetitivas en los mismos.

CAPITULO III:

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UE

I. INTRODUCCION DEL CAPITULO

II. DERECHO DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO

1. Marco competencial comunitario
 - 1.1. Economía de mercado y de libre competencia
 - 1.2. Integración de los mercados nacionales
 - 1.3. Flexibilidad del Derecho de la Competencia
2. Áreas del derecho de la competencia en la UE

III. PRACTICAS COLUSORIAS O CARTELES

1. Art. 101 TFUE
2. Acuerdos verticales
3. Sistemas de aplicación del art. 101 TFUE

IV. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

1. Cláusula de afectación al comercio intracomunitario
2. Art. 102 TFUE
3. Posición de Dominio
 - 3.1. Delimitación del mercado relevante o de referencia
 - A) Mercado de producto o criterio objetivo
 - B) Criterio o mercado geográfico
 - C) Criterio temporal o factor tiempo
 - D) Factor administrativo o normativo
 - 3.2. Definición de la posición de dominio: comportamiento independiente en el mercado
 - A) Elementos de la definición de la posición de dominio
 - B) Competencia actual
 - C) Barreras a la entrada y a la expansión. Clasificación
 - D) Poder de negociación de la demanda
4. Dependencia económica o Posición de Dominio Relativa
5. Abuso de la posición de dominio
 - 5.1. Concepto
 - 5.2. Elementos
 - 5.3. Clasificación
 - A) Abusos anticompetitivos
 - A.1) Concepto y Clasificación
 - A.2) Denegación de suministro y doctrina de los recursos esenciales
 - B) Abusos explotativos
6. Posición de dominio colectiva y Oligopolios
 - 6.1. Concepto de posición de dominio colectiva
 - 6.2. Problemática de los mercados oligopolistas
 - 6.3. Evolución en la jurisprudencia comunitaria del concepto de posición dominante colectiva.
 - 6.4. Referencia a la legislación americana de la competencia en cuanto a los oligopolios

V. CONCENTRACIONES DE EMPRESAS

VI. AYUDAS PUBLICAS

VII. CONCLUSION DEL CAPITULO

I. INTRODUCCION DEL CAPITULO

El Derecho de la Competencia se caracteriza por ser un derecho abierto y flexible, lejos de integrar tipos jurídicos cerrados en los que al supuesto fáctico le sigue inexorablemente una determinada consecuencia jurídica. Una de las características mas importantes del Derecho de la Competencia es su flexibilidad, que se entiende necesaria para dar cabida a todos los tipos de situaciones que se den en la realidad de los mercados y acoger los criterios económicos y circunstancias sociales y políticas que lo informan en cada momento. Es, por tanto, un Derecho mucho mas determinado por las circunstancias sociales, políticas y económicas que otras áreas del Derecho. No en vano el Derecho de la Competencia debe asegurar y crear las condiciones adecuadas para el correcto funcionamiento de los mercados.

Nos parece fundamental entender, -después de haber analizado en el capítulo I el marco regulador del sector ferroviario en la Unión y en el capítulo II sentar las bases para diferenciar entre regulación y Derecho de la Competencia-, los principios, objetivos y fin ultimo que fundamentan el Derecho de la Competencia que nos rige, ya que la figura de la Doctrina de los Recursos Esenciales (*en adelante* EFD/DRE) se sitúa en el área del Derecho de la Competencia o Derecho antitrust⁴²⁴. En efecto, no es posible valorar la virtualidad y funcionalidad de esta doctrina sin entender qué bases y principios alimentan el Derecho de la competencia al que pertenece y que la determinan. Esta doctrina se construye y fundamenta, como otras figuras del Derecho de la Competencia, precisamente en esos principios y fines que en cada momento se configuran como predominantes y dignos de protección por el Derecho antitrust. Y por todas estas mismas razones es necesario entender cuales son precisamente los principios, objetivos y fin ultimo del Derecho de la Competencia en la Unión porque éste determina los derechos de la Competencia de los Estados miembros.

Y ello porque cuando se redactan los Tratados Fundacionales no existía tradición –en algunos casos incluso ni legislación- en materia de defensa de la competencia. En la mayoría de los Estados miembros de la Unión, existía pues una necesidad apremiante de

⁴²⁴ Nombramos indistintamente Derecho de la Competencia y Derecho Antitrust, que en esta exposición tienen el mismo significado. La traducción simple de ‘trust’ es monopolio. En la página web de la Comisión europea, dentro de la política de ‘Competencia’ (que solo se puede ver en ingles), una de las seis ‘policy áreas’ es ‘Antitrust’, ver http://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html.

formular un cuerpo doctrinal coherente desde una única instancia y para toda la Comunidad.

A su vez, el mismo Derecho de la Competencia comunitario, por sus propios rasgos, carece de un cuerpo jurídico completamente estructurado y cerrado donde encajar, con certeza, la EFD/DRE. Al contrario, como se verá, los contornos de esta figura vienen influenciados y determinados por otras figuras del Derecho de la competencia con las que se solapa parcialmente en algunos aspectos. Es por ello necesario profundizar en la conceptualización del sistema de competencia comunitario, y poder entender que dificultades conlleva situar sistemáticamente dentro de él a la DRE/EFD.

Se añade además otra dificultad, que la EFD/DRE se ha importado del Derecho antitrust americano (USA) hace relativamente poco tiempo en el Derecho Comunitario, de modo que su sistematización y características no se configuran del mismo modo en el sistema jurídico europeo, entre otras razones porque el Derecho de la competencia americano y europeo son cuerpos jurídicos distintos, y por tanto, con principios, bases y fundamentos distintos.

De este modo, el objetivo de este tercer capítulo es entender qué principios informan el Derecho de la Competencia de la Unión con el fin de sentar las bases para poder analizar críticamente los problemas que se enfrentan en la aplicación de la Doctrina de los recursos esenciales, que veremos en los capítulos cuarto y quinto. Asimismo, al profundizar en los fundamentos de esta doctrina, podremos también valorar qué es lo que ha motivado que en los sectores económicos tradicionalmente monopolistas, como el sector ferroviario, se haya introducido la EFD/DRE como modelo de regulación para abrir dichos sectores a la competencia, es decir, para su liberalización.

II. DERECHO DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO

1. MARCO COMPETENCIAL COMUNITARIO

Empezaremos por el estudio de los principios y fundamentos que inspiran el marco de la competencia comunitario.

1.1. Economía de mercado y de libre competencia

El sistema de ordenación económica en el marco de la UE está basado en la economía de mercado. Así lo confirmaba el art. 4 del TCE, que consagra como principio de política económica en la Comunidad “una economía de mercado y de libre competencia”⁴²⁵. Por definición, en una economía de mercado todos los procesos económicos (producción, distribución y consumo), así como los precios y las condiciones de intercambio, se determinan exclusivamente a través de las leyes de la oferta y la demanda⁴²⁶.

Por otro lado, la economía de mercado precisa, para su adecuado funcionamiento, de la existencia de competencia, que dinamiza las relaciones comerciales entre los agentes económicos. Desde otro punto de vista, puede verse la competencia como una necesaria auto defensa del sistema de libre mercado, pues cuando uno o varios agentes infringen las reglas de competencia en su propio beneficio, quiebra la igualdad de los competidores

⁴²⁵ El art. 4 TCE se corresponde ahora con el art. 119 TFUE, el cual en su apartado 1 dice: “Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. Ahora bien, WEATHERILL, S. en *Cases & Materials on EU Law*, OUP, Oxford, 9ª edición, 2010, pag. 491, indica que si bien el art. 3(1)(g) del TCE disponía que las actividades de la CE incluirán “un sistema que garantice que la competencia en el mercado interior no sea falseada”, esta disposición es suprimida por el Tratado de Lisboa, y en su lugar el art. 3(1)(b) del TFUE dispone que “La Unión dispondrá de competencia exclusiva en el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. Y también se introduce el PROTOCOLO (no 27) SOBRE MERCADO INTERIOR Y COMPETENCIA, que por su brevedad interesa reproducir aquí: *LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES, CONSIDERANDO que el mercado interior tal como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia, HAN CONVENIDO en lo siguiente: A estos efectos, la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El presente Protocolo se incorporará como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.* Este autor pone de manifiesto que aunque formalmente los protocolos tienen el mismo valor jurídico que los mismos Tratados, y que también podemos encontrar en el art. 101 TFUE la inquietud de evitar que se impida, restrinja o falsee el juego de la competencia dentro del mercado interior, “puede discutirse que el estatus fundamental de las reglas de competencia del Tratado ha sido comprometido por la modificación del Tratado de Lisboa”.

Por su parte, el art. 38 de nuestra Constitución reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” lo que implica que la libertad de empresa no es un derecho subjetivo absoluto, sino que ha de ejercitarse conforme al orden establecido y garantizado por el Estado, y dentro del cual ocupa un lugar esencial el régimen de defensa de la competencia. El Derecho de la Competencia tiene por finalidad la defensa de la competencia como una institución de la economía de mercado, con lo que protege un interés público, pero también protege a los consumidores y los competidores individuales. Cito a PACHECO CAÑETE, M.: “El abuso de posición dominante en el sector de la telefónica fija”, en J. I. Font Galán y M. Pino Abad (coord.) *Estudios de Derecho de la competencia*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, pag. 412.

⁴²⁶ Sólo cuando exista equilibrio entre la oferta y la demanda, la presión competitiva será equivalente en ambas fuerzas y la relación competitiva de intercambio será equilibrada y bilateralizada, alcanzándose un precio razonable de equilibrio.

al no estar sometidos los agentes económicos de la misma forma a las leyes del mercado. Las presiones competitivas entre competidores vienen así a corregir los posibles fallos del mercado.

Ahora bien, una economía de libre mercado también implica un continuo proceso competitivo de creación y destrucción de empresas, ya que serán las empresas más eficaces económicamente las que permanecerán en el mercado, llegando con ello, a alcanzarse un mercado eficiente⁴²⁷. Por ello, es considerado objetivo legítimo de la

⁴²⁷ Es decir, se trataría de un mercado de competencia perfecta. Competencia perfecta es un término utilizado en economía para referirse al fenómeno en el que las empresas carecen de poder para manipular el precio en el mercado, es la interacción de la oferta y la demanda la que determina el precio. Es un mercado sencillo e "ideal" el "mercado de competencia perfecta". En realidad no existe ningún mercado tan "perfecto". Para que ese mercado pueda ser considerado de competencia perfecta tiene que mostrar las siguientes características: - Libre concurrencia. Ningún agente puede influir en el mercado. El número de compradores y vendedores es muy alto y las cantidades producidas o demandadas por cada uno de ellos son tan pequeñas en relación con el total que su influencia sobre los precios es inapreciable. (Ningún fabricante individual ni ningún comprador de un determinado producto puede influir sobre el precio). Para que haya libre concurrencia es imprescindible la libertad de entrada y salida en las industrias, es decir, que no haya barreras que impidan a una empresa dedicarse a producir cualquier cosa. (Cualquier empresario que lo desee puede destinar su capital a la fabricación de ese producto). La expresión "industria" indica el conjunto de empresas que se dedican a producir el mismo bien.

Esta característica no está presente en las situaciones de monopolio (un único productor), duopolio (dos productores), oligopolio (pocos productores), monopsonio (un comprador) y otros mercados no competitivos. En realidad, para que haya verdadera "libertad de entrada y salida" sería necesario que no hubiera costes de transformación, es decir, que la maquinaria destinada a una producción pudiera "reconvertirse" sin coste alguno para producir cualquier otra cosa.

La libre concurrencia en realidad es la excepción y no la regla. Algunos economistas británicos sugirieron que para estudiar el sistema económico habría que empezar analizando el monopolio, que es lo más habitual, y no la libre competencia. En cualquier caso, las ventajas de los mercados de libre competencia son tan grandes con respecto a los demás mercados que son presentados como la meta a la que se debe tender: las legislaciones nacionales y las normativas supranacionales se plantean como objetivo explícito el fomento de la libre competencia y la represión de las prácticas que la limitan.

- Homogeneidad del producto. Para que haya libre competencia es necesario que el consumidor sea indiferente a comprar el producto de una empresa o de otra, por tanto los productos tienen que ser exactamente iguales; sólo así se hará realidad que si una empresa pusiera el precio por encima del establecido por el mercado, los consumidores dejarían de comprarlo. La homogeneidad debe incluir todas las condiciones de venta tales como garantías o financiación. En la realidad, como todos sabemos, las empresas tratan de diferenciar sus productos mediante campañas publicitarias, envases llamativos o pequeños cambios en el diseño o la composición. Es más, una de las principales virtudes de la libre competencia es precisamente el esfuerzo que obliga a todas las empresas por mejorar continuamente sus productos tratando de diferenciarse por su mayor calidad o menor precio.

- Información y racionalidad de los agentes. En los mercados de libre competencia los agentes económicos conocen los precios de todos los productos y factores, sus características y la existencia de posibles sustitutos. En el momento de decidir entre diferentes alternativas, los consumidores elegirán aquellas que maximicen su utilidad y los productores las que maximicen sus beneficios.

Muchas veces la información puede ser un bien escaso y de alto coste. Por ejemplo: antes de adquirir un vehículo necesitamos invertir tiempo y trabajo recorriendo los establecimientos de muchos concesionarios para conocer cuál de los diferentes modelos que nos ofrecen puede

competencia la promoción de la eficiencia económica⁴²⁸, que se consigue a través de la protección del proceso competitivo en sí mismo, más que de cualquier competidor en particular⁴²⁹. El Derecho de la competencia, como ha puesto de relieve la Corte Suprema⁴³⁰ de los Estados Unidos se dirige a “la protección de la competencia, no de los competidores”⁴³¹. Pero al mismo tiempo, a primera vista puede vislumbrarse que este proceso genera incredulidad socialmente respecto a los efectos beneficiosos que conlleva una competencia efectiva, ya que la destrucción de empresas, aunque sea en aras de la eficiencia, implica la pérdida de empleos con todas las consecuencias sociales que ello conlleva⁴³².

proporcionarnos mayor satisfacción. Nuestra decisión en cualquier caso será tomada siempre con información insuficiente porque ¿Quién sabe distinguir cuál es la biela más resistente al desgaste?. Debido al coste de adquirir más información llega un momento en que renunciamos a seguir investigando aunque ello pueda tener como consecuencia una decisión de compra incorrecta.

⁴²⁸ WEATHERILL, S.: “Cases & Materials on EU Law”, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pag. 490, resalta que la idea de que las reglas de competencia del Tratado tienen como objetivo promover la eficiencia refleja un cierto pragmatismo económico. La competencia perfecta donde los fabricantes responden al instante a la demanda del consumidor y donde la distribución eficiente de los recursos esta garantizada no responde a la realidad. En la eficiencia de lo que se trata es lograr la distribución de los recursos mas eficiente posible, dadas las restricciones de la economía moderna en la que no se refleja perfectamente la elección del consumidor.

⁴²⁹ KEZSBOM, A. y GOLDMAN, A. V. “No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the ‘Essential Facilities’ Doctrine,” *Columbia Business Law Review*, 1996 (1), 145, p. 2.

⁴³⁰ Véase *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488 (1997), (citando *Brown Show Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962)), donde se sienta este principio de que el objetivo del Derecho de la Competencia es la protección de la competencia y no de los competidores individualmente considerados. Esta es también la filosofía de la Comisión Europea, en su Comunicación “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” de 9 de febrero de 2009 (C 2009 864 final) párrafo 6 dice: “Con ello, la Comisión tiene en cuenta que lo realmente importante es la protección de la eficacia del juego de la competencia y no simplemente la protección de los competidores”.

⁴³¹ En ocasiones la protección artificial de un mercado con muchas pequeñas empresas (atomización) evita la depuración selectiva de los ineficientes, traduciéndose al final en una perdida general de bienestar para los consumidores. Por ello, para el Derecho de la competencia no es tan importante la defensa de los competidores individualmente considerados como la protección del proceso competitivo y su resultado, la eficiencia, por tanto convirtiéndose en un Derecho general de ordenación del mercado. WEATHERILL, S.: “Cases & Materials on EU Law”, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pag. 543, dice que la Comisión ha sido durante mucho tiempo criticada por el uso del art. 102 TFUE para la protección no sólo de los consumidores sino también de los pequeños rivales de la empresa dominante. La Comisión dio un giro a esta percepción hacia una aplicación del art. 102 a las practicas que excluyen la competencia identificadas por el perjuicio a los intereses de los consumidores y del proceso competitivo, pero que no destinadas a la protección en sí de los competidores actuales o potenciales. Son las empresas dominantes las que habrán de demostrar que las actuaciones que tienden a excluir a sus rivales son eficientes: la consecuencia legal de tal análisis económico será que no habrá abuso en el sentido del art. 102.

⁴³² Ahora bien, como dice Areeda, P. y Kaplow, L. en *Antitrust análisis: problems, text, cases*, Boston, 1988, en pág. 190, párrafo 202, “el punto central es que las perdidas impuestas por la competencia sirven a la importante función social de inducir a cambios en la distribución de los recursos y a los productores a funcionar más eficientemente.”

Con todo, es misión del Derecho de la competencia evitar que la eficacia de la economía de mercado se vea perjudicada. Las prácticas anticompetitivas producen efectos negativos en los mercados, tales como: reducir las posibilidades de elección de los consumidores, eliminar o minimizar los estímulos de reducción de costes, degradar la competitividad de la industria, retrasar las necesarias adaptaciones de las empresas y, obstaculizar la innovación⁴³³. El Derecho de la competencia al castigar las conductas anticompetitivas tiene, además, un efecto preventivo al evitar su proliferación.

1.2. Integración de los mercados nacionales

En consonancia con todo lo anterior, la política de competencia comunitaria debe asegurar y crear las condiciones apropiadas para el correcto funcionamiento de los mercados⁴³⁴. El proyecto de construcción europea persigue la obtención de ventajas económicas en favor de sus Estados miembros derivadas de la propia dinámica de integración⁴³⁵. La competencia cumple siempre y en todo mercado una función integradora en base a que, evitando la formación de situaciones de poder injustas, excluye la posibilidad de que se fragmente el mercado, en este caso, el europeo, en pequeños submercados. Por esta razón, la integración ha sido y es una preocupación en la interpretación y aplicación del Derecho de defensa de la competencia comunitario: evitando la compartimentación de los mercados nacionales a través de las barreras territoriales⁴³⁶ y la creación de barreras públicas o privadas a la competencia podrá lograrse la efectividad de las cuatro libertades fundamentales: libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales⁴³⁷. Con más fuerza aun, con la entrada en

⁴³³ Estas razones se exponen en el Prólogo de Mario Monti al XXXI Informe sobre la política de la competencia de 2001.

⁴³⁴ Ver art. 3.1.b) del TFUE. También en la Comunicación “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” de 9 de febrero de 2009 (C 2009 864 final) párrafo 5: “...la Comisión ira encaminada a velar por el correcto funcionamiento de los mercados...”

⁴³⁵ En KESSLER, E.: “La política de defensa de la competencia en la Unión Europea” en *ICE, El modelo económico de la UE*, enero-febrero 2005, n° 820.

⁴³⁶ Por otra parte, cuando una barrera a la competencia esconde una connotación nacional o regional, reviste en el ámbito comunitario una especial antijuricidad, pues además de oponerse al objetivo integrador comunitario, choca con el principio fundamental de la no discriminación por razón de la nacionalidad del art. 7 TCE (ahora tras el Tratado de Lisboa, se corresponde en sustancia con el art. 13 TUE).

⁴³⁷ Véase art. 26(2) del TFUE.

vigor del Tratado de Lisboa⁴³⁸, recogiendo la exclusividad de la competencia de la UE respecto al mercado interior en materia de Derecho de la competencia en el art. 3.1.⁴³⁹

1.3. Flexibilidad del Derecho de la Competencia

El carácter relativo e instrumental que se otorga a la competencia en el ámbito europeo podría tener su influencia por la técnica jurídica anglo-sajona⁴⁴⁰ basada en la búsqueda de una solución práctica a los casos concretos que se van planteando antes que en la elaboración *a priori* de un sistema doctrinal coherente y completo⁴⁴¹. Ello ha conducido a

⁴³⁸ Recordemos que el Tratado de Lisboa entro en vigor el 1 de diciembre de 2009, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, (DO C 306 de 17 diciembre 2007). Su art. 6 refleja la fecha de su entrada en vigor.

⁴³⁹ Art. 3. 1. TFUE: “La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior;”

⁴⁴⁰ Desde una perspectiva estadounidense los autores FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S. en “Revitalizing essential facilities”, *Antitrust Law Journal*, 2008, vol. 75, pág. 63, en referencia al método utilizado por los Tribunales de Justicia de la Unión para dictar sus sentencias (primero una exposición de los hechos, después del procedimiento, las cuestiones planteadas, y la posición de las partes seguida de una corta declaración del resultado del caso sin un análisis significativo), indican que este aspecto de la Jurisprudencia UE es probablemente un compromiso resultante de la mezcla de las tradiciones de la “common law” anglosajona y el sistema civil continental, representadas a través de sus jueces en dichos tribunales, así como que las opiniones de los mismos son a la vez anónimas y unánimes.

⁴⁴¹ La configuración del sistema europeo de defensa de la competencia que estableció el TCEE en 1957 estuvo fuertemente influida por el Derecho antitrust norteamericano y su texto central, que es el Sherman Act de 1890. Tras la 2ª guerra mundial, el Sherman Act ya contaba con una amplia práctica jurídica (desde 1890), y su espíritu fue impuesto en Alemania y Japón por las fuerzas de ocupación encargadas de controlar las medidas de desconcentración y descartelización de las grandes empresas en manos del poder político alemán. Este pensamiento antitrust americano, basado en el paradigma de la estructura de mercado y entendido éste, dentro del marco de una economía liberal, como un libre mercado que se regula y funciona por las presiones competitivas de los agentes económicos, influyó en parte en la creación del Derecho de la competencia comunitario, pero sin olvidar que, al mismo tiempo, se pretendía crear un mercado común, en el que serían necesarias grandes empresas acordes con la dimensión del mercado naciente y capaces de competir con EEUU y Japón. Por ello, en el Tratado de Roma se optó por un sistema flexible y tolerante con el crecimiento empresarial. Sin negar las virtudes de la competencia, se reconocía que la realidad de los mercados era la competencia imperfecta y que el poder de mercado no es malo en sí mismo (solo el abuso del mismo). Asimismo, dice CABRILLO, F. – “Objetivos de una política de defensa de la competencia”, en S. Martínez Lage y J. Amadeo Petitbó (Dir.) *La modernización del Derecho de la Competencia en España y la UE*, ed. Colección Derecho, 2005, pág. 23: “...la política de defensa de la competencia no siempre ha buscado la eficiencia económica... La visión populista del Sherman Act, que pone el objetivo fundamental de la política de defensa de la competencia en evitar la concentración de poder y sus efectos sobre el conjunto del sistema económico y social, no se dio solo en los Estados Unidos. Por ejemplo, en la introducción de normas antimonopolio en la joven República Federal de Alemania desempeñó un papel importante la estrecha conexión que el gobierno nacionalsocialista había mantenido con los grandes consorcios de la industria alemana y la idea de que el rearme habría encontrado muchas más dificultades en un país cuya actividad económica hubiera estado sometida a la competencia. En

los Estados Unidos el principio de que la posición de dominio debe ser perseguida por el mero hecho de serlo, al margen de la estrategia seguida por una determinada empresa para conseguirla y del posible abuso en el que se pueda incurrir una vez alcanzada, fue ampliamente aceptado durante mucho tiempo por los tribunales de justicia....toda una corriente de pensamiento (ordoliberal) que no consideraba que la eficiencia debería ser el criterio director de la política de defensa de la competencia...fue el criterio dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano al menos hasta la segunda mitad de los años sesenta. Y muchos economistas y juristas fueron conscientes de esta interpretación extraeconómica de las leyes antitrust y la criticaron abiertamente. En realidad esta visión crítica fue una de las fuentes que dieron origen a lo que suele conocerse como el “viejo” análisis económico del Derecho, que empezó a desarrollarse en el marco de la universidad de Chicago en la década de 1930 y acabaría teniendo una influencia notable en el cambio radical experimentado por la jurisprudencia norteamericana en las décadas de 1970 y, sobre todo, de 1980... En realidad, gran parte del desarrollo posterior del análisis económico del Derecho...consiste precisamente en la aplicación de criterios de eficiencia tanto a las leyes como a las resoluciones judiciales... Tras los cambios experimentados por la política de la competencia en las últimas décadas, puede decirse que existe hoy un acuerdo bastante general en, al menos, dos aspectos. En primer lugar, hay acuerdo con respecto a la conveniencia de que exista algún tipo de política de defensa de la competencia. Y, en segundo lugar, se acepta que el objetivo de tal política debe ser un incremento de la eficiencia económica”. En la misma línea a favor de un enfoque economicista y de eficiencia del Derecho de la competencia esta SCHWEITZER, H., “The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC”, *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007, “el art. 82 es la influencia alemana ordoliberal –enfoque que ha ignorado la necesidad del análisis económico- y el cual es a veces asociado también con una actitud regulatoria hacia el Derecho de la competencia”. Por el contrario, BOY, L., “Abuse of market power: controlling dominance or protecting competition?”, en H. Ullrich (dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, 2006, Ascola, pág. 222, hace un llamamiento en contra ante esta reciente corriente de pensamiento, dice “La transposición en Europa de esta escuela (refiriéndose a la escuela americana basada en un enfoque economicista del Derecho de la competencia que tiene por objetivo la protección del mercado y la promoción de la eficiencia económica) no sucede de forma automática y debiera tener en cuenta las características específicas de los sistemas legales romano-germánicos. La asimilación simplista hecha entre el sujeto legal y el racional agente económico por la teoría económica neo-clásica puede conducir a la práctica de la Economía, pero no del Derecho, al negar la existencia de un sustrato legal. La dimensión sustantiva legal no es, en efecto, tenida en cuenta por la mayoría de estos movimientos”. Respecto a la última evolución en la doctrina y jurisprudencia americana, cito a, SCHWEITZER, H., al que me he referido mas arriba, que dice que: “Durante la última década o así, el pensamiento de la escuela de Chicago ha perdido alguna influencia. La doctrina “Post-Chicago”, mientras que subscribe a la eficiencia como el ultimo objetivo de la legislación antitrust, ha empezado a desafiar los sobre-simplificados supuestos en los que la teoría de la escuela de Chicago estaba basada y ha definido las condiciones bajo las que la conducta unilateral puede verdaderamente tener efectos anticompetitivos. Las oportunidades e incentivos para la conducta exclusionaria y el comportamiento estratégico, profusamente negados por la tradicional escuela de Chicago, son generalmente aceptados hoy”. Por ultimo, para un repaso critico de la influencia del Derecho antitrust americano y especialmente de la Escuela de Chicago como precursora del análisis económico conservador y la eficiencia económica, vease MARCOS, F.: “Recension – How the Chicago School overshoot the mark. The effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 4, 2009, pp. 539-551.

Por su parte, y citando a HOLLMAN, H.M. y KOVACIC, W.E.: “The International Competition Network: its past, current and future role” en LUGARD, P. (dir), *The International Competition Network at ten*, Intersentia Ltd, Cambridge (UK), 2011, pág. 54, “Durante la mayor parte del siglo XX pocas jurisdicciones contaban con Derecho de la Competencia y todavía menos tenían programas para aplicarlo. Tan tardíamente como la mitad de la década de 1970, únicamente Alemania, la Unión Europea y USA habían acometido programas de aplicación que las empresas tenían en cuenta.” En la misma línea, BROKELMANN, H. y MARTINEZ LAGE, S.: “El nuevo tratamiento de las restricciones verticales en el Derecho de la competencia comunitario: El Reglamento (CE) n° 2790/1999” en J.M. Beneyto Perez, (Dir.) y J. Maillo Gonzalez-Orus (Coord.)

la flexibilización de los elementos de la norma, lo que, además, casa bien con el dictado de las directrices de política económica que se den en cada momento. Sin embargo, el Derecho de la competencia resulta ser un cuerpo jurídico en evolución, con lagunas e imprecisiones, y por tanto, incompleto, y, dentro del mismo, lo es especialmente respecto a la explotación abusiva⁴⁴².

El sistema competencial que establece el Tratado de Roma (arts. 101 y 102 TFUE) está basado en la flexibilidad, con el fin de dar cabida a todo el elenco de situaciones que puedan darse y, en la consecución de los objetivos generales del Tratado, adecuarse a las más variadas coyunturas y políticas económicas de cada momento. WEATHERILL⁴⁴³, dice que *las reglas de competencia del Tratado son “porosas”: el mismo sistema del art. 101(1) está influido por objetivos de política establecidos dentro del marco de la política y normativa de la UE...incluso el TJCE es receptivo a interpretar las reglas de competencia con referencia a inquietudes de política social*. Incluso en el sistema establecido por los arts. 101 y 102 existen, a propósito, lagunas, es decir, con la intención de que lo sean, como por ejemplo el que queden fuera del alcance del art. 102 las conductas abusivas de

El nuevo Derecho Comunitario y Español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional, ed. Bosch, 2002, pag. 73, dice así: “Dada la ausencia de cualquier tradición –en algunos casos incluso legislación– en materia de defensa de la competencia en la mayoría de los Estados miembros de la CE, existía una necesidad apremiante de formular un cuerpo doctrinal coherente desde una única instancia y para toda la Comunidad”. Tanto es así que el núcleo del Derecho de la Competencia, por lo menos en España y UK, es una copia literal de los arts. 81 y 82 TCE. En UK es la Sección 18 (capítulo II) del Competition Act de 1998. Así dice la OECD en “The role of competition policy in regulatory reform – OECD reviews of regulatory reform – Regulatory reform in the United Kingdom”, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2002, pag. 14: “The 1998 Act completed the fundamental shift to European models. The UK now adopts the standard EU prohibitions against restrictive agreements and abuse of dominance. Equally importantly, the law includes a broadly phrased instruction to follow the EU in applying the parallel provisions of UK law”. En nuestro país es el art. 6 de la Ley 16/1989 de defensa de la competencia. La LDC de 1989 (ahora sustituida por la LDC 15/2007, de 3 de julio), vino a reemplazar a la entonces existente Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. Esta última Ley fue una exigencia de EEUU para conceder su ayuda económica, novedosa por cuanto entró en nuestro ordenamiento como un elemento ajeno en una economía de inspiración corporativista donde, de hecho o de derecho, estaban monopolizados casi todos los sectores, incluidos los transportes aéreos y ferroviarios, pero también el tabaco o la gasolina. Fue una ley escasamente aplicada y sin fuerza.

⁴⁴² La EFD se encaja dentro del abuso de posición dominante (art. 102 TFUE). En el Derecho español de la competencia es el art. 6 LDC (Ley de Defensa de la Competencia) el que recoge la explotación abusiva, viniendo a ser una copia del art. 102 TFUE, por lo que es la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio el instrumento auxiliar en la interpretación del derecho interno. Lo que casa muy mal con nuestro sistema de derecho continental, no basado en el precedente o en la resolución práctica de cada caso, como sucede en el sistema anglo-sajón, sino basado en la existencia de un cuerpo normativo completo en el que buscar la solución al caso concreto que se nos plantea. Así se importa un sistema europeo de la competencia (de influencia americana), difícil de encajar en nuestro Derecho, con lo que sin un esfuerzo anterior de estructuración sistemática del mismo, no podrá aplicarse con corrección, previsiblemente llevándonos a constantes contradicciones.

⁴⁴³ WEATHERILL, S.: *Cases & Materials on EU Law*, OUP, Oxford, 9ª ed., 2010, pag. 519.

empresas no dominantes, o que el único interés del art. 101 se centre en la colaboración entre dos o mas empresas⁴⁴⁴. El inconveniente es una fuerte inseguridad jurídica, ya que se trata de instrumentos normativos abiertos a amplias y variadas interpretaciones⁴⁴⁵.

En cualquier caso, la política de la competencia, además, debe reelaborarse continuamente en respuesta a los cambios económicos de cada momento dado. Asimismo el Tratado de Lisboa introduce en los arts. 3-3º y 4 del TUE con respecto al derecho originario precedente más objetivos sociales para compensar el supuesto mercantilismo del mercado interior⁴⁴⁶.

2. AREAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UE

El núcleo del derecho de la competencia comunitario es establecido, desde el mismo origen del Tratado, en los arts. 101 y 102 TFUE. El TJCE en el asunto *Continental Can*⁴⁴⁷ declaró que *la finalidad de los arts. 85 y 86⁴⁴⁸ era lograr, en sus diferentes ámbitos, el mantenimiento de una competencia efectiva dentro del mercado común* (ahora mercado interior).

El sistema del Derecho de la Competencia de la Unión se ocupa del control de los carteles, en el marco del art. 101, porque tales acuerdos tienden a suprimir las mejoras que estimula normalmente la competencia reduciendo la elección del consumidor. Sin embargo, algunos carteles son beneficiosos, por ejemplo si incentivan la capacidad de especialización de las empresas; lo que es reflejado en el art. 101(3), al permitir un régimen de exención para los carteles económicamente beneficiosos. En cuanto al art.

⁴⁴⁴ Ob. cit. nota anterior WEATHERILL, pág. 493.

⁴⁴⁵ En el informe de la OCDE “*Guidance to business on monopolisation and abuse of dominance*” de 17 jun. 2009 (DAF/COM (2007)43, se explica que en áreas complicadas de la ley, como lo son las leyes antitrust sobre la posición de dominio, la incertidumbre es inevitable, pero perjudica a las empresas. Por tal razón, las autoridades de competencia pueden contribuir a reducir la incertidumbre legal a través del uso de Directrices (*guidelines*). Asimismo, en la parte del informe elaborado por la Comisión Europea se dice que el objetivo de dotar de seguridad jurídica a las empresas en la aplicación del derecho de la competencia debe ser equilibrado con la necesidad de evitar atarse las manos sin necesidad para el futuro por parte de las autoridades de competencia. En particular, las Directrices no deben ser tan rígidas que la autoridad no pueda reaccionar como es debido ante situaciones que no fueron previstas en el momento de redactar dichas Directrices.

⁴⁴⁶ Así lo indica DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Las organizaciones internacionales*, 16 edición, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 595.

⁴⁴⁷ Asunto 6/72, *Continental Can c/ Comisión*, (Rec. 1973, pág. 215).

⁴⁴⁸ Con el Tratado de Niza cambia la numeración de estos artículos a 81 y 82, respectivamente, y ahora con el Tratado de Lisboa, se vuelven a reenumerar como arts. 101 y 102.

102, se acepta la existencia de monopolios -o en la terminología del Tratado, “posiciones dominantes”- y que pueden tener resultados ineficientes, así que esta disposición viene a prohibir el abuso de estas posiciones de poder.

El Derecho de la Competencia también tiene como uno de sus objetivos el apoyo de las cuatro libertades, tratando de evitar, por ello, que las empresas sustituyan la protección que les ha proporcionado durante muchos años la acción estatal por acuerdos entre ellas que las hagan mantenerse las unas a las otras fuera de sus respectivos mercados, evitando competir entre ellas.

El Derecho originario comunitario –reflejado en el TFUE⁴⁴⁹- distingue tres disciplinas fundamentales:

1. los **carteles o prácticas restrictivas o colusorias**
2. el **abuso de posición dominante**
3. las **ayudas de Estado**
4. Una cuarta disciplina la conforma el **control de las concentraciones empresariales**; sin embargo, se incorpora al Derecho comunitario tras el Acta Única Europea de 1986, por vía del Derecho derivado y de la Jurisprudencia⁴⁵⁰.

Clasificado el Derecho de la competencia comunitaria en estas cuatro grandes áreas, corresponde ahora determinar cuándo y a qué actuaciones anticompetitivas es aplicable el Derecho comunitario de la competencia. Para ello, se han de dar dos condiciones previas:

- Primero, cuando dichas conductas alteren la competencia en el mercado común/interior (impedir, restringir o falsear el juego de la competencia). En Derecho comunitario es requisito necesario alterar la estructura competitiva del mercado.

⁴⁴⁹ Es interesante recordar aquí con SCHWEITZER, H. “The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC”, *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007, pág. 10, el Informe Spaak de 1956, que fue la base sobre la que los futuros Estados Miembros entraron a las negociaciones del Tratado de Roma, y además fue un importante punto de referencia para la redacción de las reglas de competencia – posiblemente más importante que las reglas de competencia del Tratado del Carbón y del Acero. El Título II Cap. 1 b) –‘ Monopolios’ de este Informe trato los problemas relacionados con los carteles y las posiciones de poder de mercado, y asimismo, el Informe previo un sistema de control de concentraciones entre empresas, -áreas que también abordo, todas ellas, el citado Tratado del Carbón y del Acero.

⁴⁵⁰ Véase Illescas, R.: “El campo de aplicación del Derecho de la competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación”, cap. 3, p. 110, 2004.

- En segundo lugar, cuando las referidas conductas afecten al comercio entre los Estados miembros, dado el objetivo de integración de la política comunitaria de competencia⁴⁵¹.

Vamos a introducirnos en el estudio de estas cuatro áreas del Derecho de la competencia, con el fin de poder situar nuestra doctrina de los recursos esenciales en su contexto. El abuso de posición dominante se estudia con mayor profundidad y extensión, ya que la doctrina de los recursos esenciales se encuadra en este área. Sin embargo, como se vera en el capítulo IV, la EFD/DRE surge bajo el área de las prácticas concertadas o carteles. Asimismo, la EFD/DRE tiene concomitancias con otras figuras en las cuatro áreas del derecho de la competencia. Para realmente entender y emprender un análisis crítico de esta doctrina es imprescindible profundizar en el estudio de las áreas que componen el Derecho de la competencia, cuyos límites entre ellas, para más abundamiento, no están tan claramente delimitados en la realidad de los mercados a los que pretenden regular.

III. PRÁCTICAS COLUSORIAS O CARTELES

1. Art. 101 TFUE

El art. 101 del TFUE recoge las prácticas colusorias⁴⁵² o carteles. Se trata de acuerdos o concertaciones entre empresas que tienen un objeto o efecto anticompetitivo o de lesión o restricción de la competencia. El citado art. 101(1) enumera, a modo de ejemplo, las conductas más típicas: la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercados, las prácticas discriminatorias y los acuerdos anudados (o *tying contracts*).

⁴⁵¹ Objetivo que no ha perdido ninguna virtualidad practica incluso después del paso de tanto años desde que la redacción del TCE institucionalizó la meta de creación del mercado comunitario, como se puede ver en la Comunicación “*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*” de 9 de febrero de 2009 (C 2009 864 final), cuando en su párrafo 1 dice, en referencia al art. 82 como fundamento jurídico de un elemento fundamental de la política de competencia, “*esto adquiere una especial importancia en el contexto del objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado*”. También adquiere una nueva dimensión con la ampliación de la UE a los países de Europa Central y del Este.

⁴⁵² En el Diccionario de la Real Academia, consultado en internet en la página web: www.dre.es se define la palabra ‘colusión’ como *Pacto ilícito en daño de tercero*. Asimismo define ‘cartel’ como *Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial*. Sirvan aquí estas definiciones de partida para después profundizar en su sentido jurídico dentro del Derecho de la Competencia.

Los “acuerdos” que recoge esta disposición van más allá del contrato formal. El art. 101 se dirige a la intención de las partes, no a la forma en la cual puede expresarse dicha intención, por lo que da cobertura a los acuerdos informales (aunque se diga que no son vinculantes), los carteles secretos, e incluso los acuerdos impuestos; y por la misma razón, a las prácticas en concertación. Son, por tanto, tres amplios tipos de conducta las que se recogen: los acuerdos, las decisiones tomadas por asociaciones de empresas y las prácticas concertadas.

El sistema del art. 101 establece una regla general prohibitiva de prácticas colusorias en su apartado primero, determinante de la nulidad de pleno derecho para los acuerdos o prácticas colusorias prohibidas (segundo apartado). Pero, asimismo, prevé en su apartado tercero, un mecanismo de autorización de exenciones que atenúa la rigidez de la prohibición general del primer apartado⁴⁵³.

Dentro de la colusión o del cartel suelen coincidir distintas prácticas restrictivas de la competencia, incluso puede darse una infracción compleja, pero única por ser un comportamiento continuado, solo que con una única finalidad e integrado por diversos acuerdos y prácticas concertadas, sin exigirse entonces una prueba simultánea de cada una⁴⁵⁴. Incluso a través de las prácticas colusorias se puede estar abusando de una posición de dominio por el conjunto de las empresas del acuerdo, lo que pone de relieve que la delimitación entre ambas figuras (colusión y abuso de posición dominante⁴⁵⁵) no es en la realidad totalmente clara. De hecho, el origen de la EFD se da en este área de los acuerdos colusorios como se verá en el capítulo IV⁴⁵⁶.

En general, existen dos tipos de cartel o colusión: los acuerdos horizontales y los verticales. Los acuerdos horizontales son acuerdos entre competidores, es decir, que operan en el mismo nivel o niveles de mercado. Se trata, por tanto, de acuerdos

⁴⁵³ Art. 101 TFUE: 1. “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: ... 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: ...”.

⁴⁵⁴ Véase Odriozola, M., Irissarry, B. y Barrantes, B.: “Prohibición de prácticas colusorias (II): restricciones horizontales”, 2004, cap. 5, pp. 227 a 235.

⁴⁵⁵ El régimen del abuso de la posición dominante se analiza, como se vera, en el siguiente epígrafe IV, en el marco del art. 102 TFUE.

⁴⁵⁶ En concreto, véase el asunto *Terminal Railroad* en el epígrafe III. 1.1- 1) del cap. IV.

horizontales secretos para suprimir la competencia, subir precios y restringir la producción, generalmente acompañados de intercambios de información sobre precios y cuotas de mercado y de medidas impeditivas de que nuevos competidores entren en el mercado, con el fin de mantener la posición privilegiada de los miembros del cartel. Un ejemplo significativo en el sector del transporte marítimo son las conferencias marítimas navieras⁴⁵⁷.

2. Acuerdos verticales

Los acuerdos verticales son acuerdos entre operadores presentes en distintos niveles de la cadena de producción y/o comercialización. Así, serían los acuerdos entre un fabricante y sus mayoristas, o de éstos últimos con sus minoristas. También los acuerdos entre dos fabricantes cuando uno es suministrador de un producto que el otro consume para la fabricación de otro producto⁴⁵⁸. Como veremos, la EFD/DRE tiene su

⁴⁵⁷ Los consorcios o conferencias marítimas son asociaciones con fines comerciales entre compañías navieras.

⁴⁵⁸ En 1966 y de acuerdo con dos sentencias (asuntos 56 y 58/1965 *Consten y Grundig c/ Comisión* y, asunto 56/65 *Société Technique Minière c/ Maschinenbau Ulm GmbH*, de 30 de junio de 1966) el TJCE estableció que no solo los acuerdos horizontales sino también los verticales pueden entrar en el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE. Por entonces, esta afirmación se consideró novedosa por cuanto el Derecho de la Competencia de Alemania, que es el que más había inspirado el régimen comunitario, a través de La Ley de prácticas limitativas de la competencia de 27 de julio de 1957 (que también es de 1957 como el TCE), no prohibía las restricciones verticales como tales, sino que únicamente las sometía a un control del abuso. Véase BROKELMANN, H. y MARTINEZ LAGE, S.: “El nuevo tratamiento de las restricciones verticales en el Derecho de la competencia comunitario: El Reglamento (CE) n° 2790/1999” (cap. 4), en Beneyto Perez, J.M., (dir.) y Maillo Gonzalez-Arus, J. (coord.) *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Barcelona, Bosch 2002, pag. 71. De lo que deduzco que la jurisprudencia comunitaria decidió apartarse de la tradición alemana y castigar las restricciones verticales en sede de prácticas colusorias (art. 81) y no en sede de abuso de posición dominante -art. 82: control del abuso, no prohibición de la dominancia-. La razón podría entenderse en que el peligro para la competencia por parte de las restricciones verticales empieza antes de alcanzarse una posición de dominio y su abuso, es decir, empezaría a valorarse un poder de mercado que no alcanzase una cuota de mercado como la que se ostenta en una posición de dominio, y por tanto, el art. 82 no sería un instrumento idóneo para prevenir su efecto nocivo, por lo que se recurrió al art. 81. Era, pues, la única manera de prevenir que se alcanzase una posición de dominio conducente al abuso, puesto que el art. 82 no castiga las posiciones de dominio, sino el abuso de la dominancia, ocurrido a posteriori una vez que se produce. No se olvide que el control de las concentraciones empresariales no se introduce en el derecho de la competencia comunitario hasta después del Acta Única Europea de 1986. En este sentido, ver la Comunicación de la Comisión de 26 nov. 1998, *sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales* (Seguimiento del Libro Verde sobre las restricciones verticales) (DOCE 98/C 365/03). El art. 3 del Reglamento 2790/1999 de la Comisión de 22 dic. 1999, *relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* (DOCE L 336/21), parece confirmar la deducción anterior al establecer una presunción de legalidad (“safe harbour” o recinto seguro) para los acuerdos verticales concluidos por empresas que no

aplicación, en sentido estricto, cuando la empresa dominante actúa en dos estadios de la cadena de producción o comercialización, denegando el acceso de un competidor al estadio primario. Por tanto, es en el ámbito de los acuerdos verticales, los cuales en el Derecho comunitario se encuadran, como acuerdos que son, en el art. 101, donde ante un recurso esencial, se podría plantear el solapamiento entre la normativa que regula los acuerdos verticales colusorios y las posiciones dominantes colectivas⁴⁵⁹. En otras palabras, ante un caso de recursos esenciales que se enmarca en la esfera del art. 102, puede producirse respecto al mismo un acuerdo colusorio vertical por el que se restrinja o deniegue el acceso a un competidor o se de en condiciones discriminatorias.

Por otra parte, las *Directrices relativas a las restricciones verticales*⁴⁶⁰ reconocen que los acuerdos verticales son menos dañinos que los acuerdos horizontales. De ahí, que en los acuerdos verticales se limite la aplicación del art. 101 TFUE a las empresas que posean un cierto poder de mercado, estableciéndose el umbral en el 30% de la cuota de mercado; mientras que para los acuerdos horizontales el umbral se sitúa entre el 15 y el 20% dependiendo del tipo de acuerdo. Además, para los acuerdos que superen dichos umbrales habrán de valorarse otras circunstancias, como las condiciones del mercado, la posición de mercado de las empresas contratantes y sus competidoras, las barreras a la entrada al mercado, la madurez de dicho mercado y el nivel de intercambios comerciales.

3. Sistemas de aplicación del art. 101 TFUE

Respecto al apartado tercero del art. 101 TFUE, el Reglamento⁴⁶¹ 17/62 estableció un sistema de notificación de los acuerdos a la Comisión para solicitar la exención de que se les prohibiera llevar a cabo dichos acuerdos. La Comisión se vio entonces, inundada de

dispongan de un poder significativo de mercado, fijándose el umbral de cuota de mercado en el 30%.

⁴⁵⁹ Volveremos sobre esta problemática con motivo del estudio de la posición dominante colectiva en el epígrafe 6, mas adelante.

⁴⁶⁰ Véanse los aptados. 100 a 102, (DOCE C 291/1 de 13 de enero de 2000). Dichas Directrices acompañan al Reglamento 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, citado en la nota al pie anterior. Por otra parte, MARCOS, F.: “Recension – How the Chicago School overshot the mark. The effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribucion (RCD)*, no. 4, 2009, pag. 540, dice que “No es casualidad que las áreas en las que mayor influencia parece haber ejercido la Escuela de Chicago en las ultimas tres décadas sean aquellas en las que el análisis económico se ha extendido mas (restricciones verticales y control de concentraciones).

⁴⁶¹ Reglamento n° 17: Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 13 de 21.2.1962, p. 204/211).

notificaciones⁴⁶² y adoptó el primer Reglamento de exención por categorías⁴⁶³, el Reglamento 67/67.

Es de destacar que con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, el sistema cambia y desaparece la obligación de informar *a priori* a la Comisión los acuerdos que pudieran necesitar su aprobación, a diferencia de como se venía haciendo hasta la fecha⁴⁶⁴,

⁴⁶² Así lo indican Araujo, M. y Escudero, A. en *Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones Verticales*, 2004, cap. 6, pp. 314 a 329.

⁴⁶³ Los reglamentos de exención por categoría establecen las condiciones bajo las cuales grupos de acuerdos similares se consideran compatibles con el derecho de la competencia al cumplir las condiciones del Artículo 81.3. De este modo, el Reglamento n° 67/67/CEE de la Comisión, de 22 de marzo de 1967, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de exclusiva* (DO 57 de 25.3.1967, p. 849/8) fue el primero de su clase.

⁴⁶⁴ Hasta el Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado y por el que se modifican los Reglamentos 1017/68, 4056/86 y 3975/87, regia el sistema general de prohibición con reserva de autorización previa. A partir del citado reglamento el Derecho comunitario adopta un sistema intermedio de prohibición de las prácticas colusorias, pero con exceptuación legal, -el anterior régimen era de exención. El objetivo de este nuevo Reglamento es descentralizar la aplicación del Derecho antitrust y superar la rigidez anterior, por dos razones: - por la gran carga burocrática y lentitud que suponía la gestión de las notificaciones a la Comisión por parte de las empresas, que regia bajo el Reglamento anterior 17/62, en el que la Comisión ostentaba competencia exclusiva para las exenciones, y en segundo lugar, - las empresas utilizaban la notificación para blindarse frente a cualquier actuación de las autoridades antitrust nacionales.

Este cambio de régimen trae algunas ventajas positivas, pues su aplicación deviene tanto para las autoridades antitrust comunitarias como las nacionales. Con la desaparición del monopolio de aplicación por parte de la Comisión del artículo 81.3, se elimina un importante obstáculo a la aplicación por parte de las autoridades nacionales del derecho comunitario de competencia. Se crea una Red de Autoridades de Competencia, y con ello, un reparto más eficiente de los casos entre los miembros de la Red gracias al establecimiento de un conjunto de normas de reparto que asignará cada caso a aquella autoridad que se considere mejor situada en función de criterios como la capacidad para perseguir y sancionar la práctica denunciada. Además de la coordinación de la actuaciones de las autoridades frente a determinadas prácticas de ámbito supranacional.

Asimismo se produce la Judicialización del derecho de la competencia, ya que los jueces de los Estados miembros podrán aplicar los artículos 81 y 82 complementando las labores encomendadas a las autoridades administrativas.

Por otra parte, la Comisión se reserva la facultad de declarar de oficio mediante Decisión una exceptuación (tanto para el art. 81 como para el 82), cuando así lo requiera el interés público comunitario (art. 10 del Reglamento).

El elemento negativo de este nuevo sistema es la inseguridad jurídica que genera la falta de notificación por no saber si un acuerdo es o no lícito, pues con este nuevo Reglamento se obliga a las empresas a evaluar por sí mismas a la luz del art. 81 los acuerdos que suscriben, evitando así la notificación de sus acuerdos a la Comisión. Galán Corona, Eduardo – “Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión General”, cap. 4, p. 174, 175 y 176, 2004.

Es de notar que con esta reforma se da un mayor peso del análisis económico a la hora de evaluar los acuerdos. Esta reforma ha tenido como denominador común el paso de un sistema de control de prácticas esencialmente formalista —conforme al cual los acuerdos entre empresas que se ciñesen a la letra de la ley se consideraban conformes a ésta— a uno en el que prima el análisis económico de los efectos de los acuerdos en el contexto del mercado en el que los mismos se firman. El poder de mercado pasa, de este modo, a ser un elemento importante a la hora de proceder a la evaluación de los comportamientos empresariales desde la perspectiva del derecho

desapareciendo, por tanto, el sistema de notificación impuesto por el Reglamento 17/62. En consecuencia, hasta la fecha de su entrada en vigor, mayo de 2004, la Comisión era la única autoridad con potestad para declarar la compatibilidad de un acuerdo restrictivo con los criterios del artículo 101.3 TFUE. Desde esa fecha, son las empresas las que deberán evaluar dicha compatibilidad en una suerte de autocontrol y, la Comisión, las autoridades de los Estados miembros y los jueces juzgar si la misma es correcta o no⁴⁶⁵.

Novedoso es, por tanto, el reconocimiento expreso que hace el art. 6 del nuevo Reglamento 1/2003 sobre el efecto directo en la aplicabilidad de los arts. 101 y 102 TFUE. Ahora bien, la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en su aplicación ya venía siendo reconocida desde la década de 1970 por el TJCE⁴⁶⁶.

de la competencia. Éste ha de servir a las empresas de guía a la hora de examinar la licitud de sus estrategias, sean éstas políticas de precios, acuerdos con competidores, contratos de distribución, etcétera, otorgándoles una creciente seguridad cuanto menor sea su poder, y viceversa.

⁴⁶⁵ Y además hay que tener en cuenta la obligación que establece el artículo 16 del Reglamento 1/2003 dice: “*Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia. 1. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado. 2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.*” Porque, sin duda, habrá inconsistencias de tratamiento entre las autoridades de competencia nacionales, entre ellas y la Comisión, y entre los órganos jurisdiccionales nacionales. Aunque parece una labor ardua tener siempre presente lo que hayan y vayan dictando otras autoridades u órganos jurisdiccionales o la misma Comisión.

En España, con la LDC 15/2007 se crea la Comisión Nacional de la Competencia y se modifica la LOPJ con el fin de poder aplicarse las normas prohibitivas de la LDC por la jurisdicción ordinaria (art. 86 ter).

Asimismo, es interesante citar a GALAN CORONA, E., “Notas sobre el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de dic. 2002, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE”, *Revista de Derecho Comunitario*, nº 15, año 7, mayo/agosto 2003, pág. 502: “... en 1962 los Estados miembros (quizá con la salvedad de Alemania), carecían de experiencia en materia de Derecho antitrust, algunos de ellos incluso no poseían en su ordenamiento interno una normativa específica y la doctrina al efecto era escasa o inexistente”. Y a ARRUÑADA, B.: “Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia” (cap. 3), en Beneyto Pérez, J.M. (dir.) y Maillo González-Arus, J. (coord.), *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Bosch 2002, pág. 58: “La descentralización plantea varios problemas como consecuencia del escaso desarrollo y de la corta tradición de la política de competencia en algunos de los EEMM, incluido alguno de los de mayor tamaño, como es el caso de Francia”.

⁴⁶⁶ Es importante distinguir a este respecto que no había ningún impedimento para la aplicación por parte de los tribunales nacionales del art. 81.1 (la prohibición de prácticas colusorias). Cosa distinta es que era el apartado 3 del mismo el que quedaba reservado en exclusiva a la Comisión (el otorgamiento de una exención a la prohibición). Por ello, muchas veces

El gran inconveniente que plantea el sistema que instaaura este nuevo Reglamento es el riesgo de contradicciones, pues tendremos que tener en cuenta las decisiones por parte de las autoridades de competencia nacionales, las sentencias de los órganos jurisdiccionales nacionales y las decisiones de la Comisión anteriores y actuales. Por ello, el mismo Reglamento instaaura un sistema de protección y cooperación (i.e. arts. 15 y 16), lo que, a la vez, plantea varias cuestiones: la intromisión en la independencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, que son soberanos en su competencia; a lo que se dio solución con la no vinculación para dichos órganos por la asistencia ofrecida por la Comisión (art. 15-3)⁴⁶⁷. Ahora bien, no olvidemos que el art. 16 establece que los tribunales deberán de abstenerse de adoptar resoluciones que puedan entrar en conflicto con una decisión de la Comisión. Nos encontramos con que los tribunales nacionales no pueden de ninguna manera estar subordinados a la Comisión, y por otro, con que los mismos están sujetos al Derecho Comunitario, incluido el Derecho de la Competencia, sin olvidar que en la aplicación del mismo, la Comisión es el órgano que tiene encomendada la dirección de la política de competencia en la UE.

Como síntesis de los aspectos más significativos del nuevo sistema que instaaura el Reglamento 1/2003, este resulta de la manera siguiente:

- Las autoridades nacionales de competencia también aplicaran los arts. 101 y 102, y cuando un acuerdo pueda tener un efecto en el comercio entre Estados

las empresas utilizaron la vía de la solicitud de una exención a la Comisión para paralizar las actuaciones de los tribunales nacionales contra ellas basadas en el art. 81-1. GALAN CORONA, E.: "Notas sobre el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de dic. 2002, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE", *Revista de Derecho Comunitario*, n° 15, año 7, mayo/agosto 2003, pág. 520 y 521.

⁴⁶⁷ Artículo 15: Cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales. 1. *En el marco de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que ésta les remita la información que obre en su poder o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias.* 2. *Los Estados miembros remitirán a la Comisión una copia del texto de las sentencias de los tribunales nacionales en las que se pronuncie sobre la aplicación de los artículos 81 u 82 del Tratado. Dicha copia se remitirá sin dilación tras la notificación a las partes del texto íntegro de la sentencia.* 3. *Las autoridades de competencia de los Estados miembros podrán presentar por propia iniciativa observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales de su respectivo Estado miembro sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 u 82 del Tratado. Con la venia del tribunal de que se trate, también podrán presentar observaciones verbales ante los órganos jurisdiccionales nacionales de su Estado miembro. Cuando la aplicación coherente de los artículos 81 u 82 del Tratado lo requiera, la Comisión, por propia iniciativa, podrá presentar observaciones por escrito a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Con la venia del correspondiente órgano jurisdiccional podrán presentar también observaciones verbales...* Además ver apartado 32 de la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 de 13 de febrero de 1993.

miembros no aplicaran las normas nacionales de competencia a menos que también apliquen la legislación comunitaria (arts. 1 a 5 del R. 1/2003)⁴⁶⁸. En estos casos de afectación al comercio intracomunitario, una red de autoridades de competencia decidirá qué autoridad nacional o la Comisión se hará cargo de un determinado asunto.

- La Comisión, por su parte:
 - o Mantiene considerable control de la política de competencia a través de la red de autoridades de competencia y, se la dota de poder para dar apoyo a las mismas y a los tribunales nacionales.
 - o Tomar decisiones finales o interinas requiriendo que se finalice una infracción del art. 101 o 102, aceptando compromisos por parte del infractor e imponiendo multas y penas diarias.
 - o La jurisdicción de las autoridades nacionales finaliza cuando la Comisión inicia un procedimiento si:
 - Se da una cuestión legal importante y novedosa sobre la que es necesario pronunciarse,
 - la conducta afecta a más de tres Estados miembros,
 - o las circunstancias hacen difícil la aplicación nacional.
 - o El poder exclusivo de la Comisión de conceder exenciones por categoría a clases específicas de acuerdos, tales como acuerdos de distribución verticales o licencias de patentes, permanece⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Artículo 5: Competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros. *Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes: - orden de cesación de la infracción, - adopción de medidas cautelares, - aceptación de compromisos, - imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional. Cuando la información de que dispongan no acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, podrán decidir asimismo que no procede su intervención.*

⁴⁶⁹ Sin embargo, el nuevo Reglamento no deroga varios reglamentos, los cuales, bajo el art. 81(3) TCE, conceden exenciones por categoría a ciertas categorías de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, tales como el Reglamento 19/65 sobre la aplicación del art. 81(3) TCE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas; el Reglamento 2821/71 sobre la aplicación del art. 81(3) TCE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas; el Reglamento 3976/87 sobre la aplicación del art. 81(3) TCE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo; el Reglamento 1534/91 sobre la aplicación del art. 81(3) TCE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector del seguro; y el Reglamento 479/92 sobre la aplicación del art. 81(3) TCE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías navieras (consorcios).

- Puede revocar el beneficio de una exención individual cuando un acuerdo no merezca tal exención.
- Las concentraciones de compañías con grandes ingresos⁴⁷⁰ deben ser notificadas de antemano a la Comisión, la cual tiene en exclusiva el poder de prohibirlas en el marco del Reglamento de control de concentraciones.

Por último, es de destacar, además, un importante instrumento a disposición de la Comisión para poder ejecutar su política de competencia en la persecución de carteles: el programa de clemencia adoptado en 1996, el cual garantiza completa inmunidad de multas a la primera empresa que informe a la Comisión de la existencia de un cartel aun no detectado. A través de la Comunicación de la Comisión *relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas*⁴⁷¹, a la que siguen otras Comunicaciones de actualización⁴⁷², se establece una política de clemencia que brinda mayores incentivos a las empresas para que denuncien las violaciones más graves de la normativa de competencia.

IV. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

La segunda herramienta fundamental del derecho comunitario de la competencia es la prohibición del abuso de posición dominante, que recoge el art. 102 del TFUE⁴⁷³. Es de especial interés en este trabajo, ya que la aplicación de la EFD/DRE solo concierne al abuso de empresas en posición dominante. Abuso que se produce al denegar el acceso, o hacerlo en condiciones discriminatorias, a un recurso que se considera *esencial*.

⁴⁷⁰ Las autoridades nacionales pueden controlar las concentraciones entre compañías con ingresos más pequeños bajo la legislación nacional.

⁴⁷¹ (DO C 207 de 18/07/1996 pp. 4 – 6).

⁴⁷² Como la Comunicación de la Comisión *relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, que entro en vigor el 14 de febrero de 2002, (DO C 045 de 19/02/2002 pp. 3 a 5). Y la última versión, la Comunicación de la Comisión *relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, que sustituye a la anterior, entrando en vigor el 8 de diciembre de 2006, (DO C 298 de 08/12/2006 pp. 17 – 22).

⁴⁷³ El art. 6.1 a) de la Ley española de Defensa de la Competencia, al igual que el art. 102 TFUE prohíbe la explotación abusiva de una posición de dominio “en todo o en parte del mercado nacional...” La similitud existente entre ambos artículos permite invocar la doctrina comunitaria como instrumento auxiliar de interpretación del Derecho interno. Así lo expresa la Resolución de 2 de febrero de 1993 del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en el asunto Talleres Muñoz A36/1992.

1. Cláusula de afectación al comercio intracomunitario

Antes de pasar al estudio del abuso de la posición dominante en sí, se hace necesario examinar antes la cláusula de afectación al comercio intracomunitario, que recoge el art. 102 TFUE, i. e., “...en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros”⁴⁷⁴.

En la actualidad, las autoridades comunitarias y la doctrina convienen que esta cláusula cumple primordialmente la función de delimitar la esfera de aplicación del Derecho comunitario de la competencia frente a las legislaciones de competencia nacionales.

A la hora de aplicar esta cláusula deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- El concepto de “comercio” es entendido por la generalidad de la doctrina como un concepto amplio y moderno, que alcanza a todo tipo de actividades económicas que puedan incidir sobre la competencia en el mercado interior.
- La afectación al comercio debe ser de forma contraria a los objetivos de los arts. 101 y 102 TFUE, puesto que el Tratado no persigue el aumento de los intercambios como un fin en sí mismo, sino el establecimiento de un sistema de mercado en el que la competencia no sea distorsionada.
- Es necesario que se produzca un mínimo de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros para que la conducta se encuadre en el marco del Derecho de Competencia de la Unión. Se presume que afecta al comercio entre Estados miembros:
 - Cuando se refiera directamente a transacciones internacionales, especialmente si restringe las importaciones o exportaciones;
 - Cuando las partes están situadas, operan, o la conducta tiene lugar en más de un Estado miembro o en toda la Unión, aunque sea a través de filiales o sucursales;
 - Sobre todo, cuando la conducta en cuestión sea capaz de compartimentar el mercado de determinados productos entre los Estados miembros.

⁴⁷⁴ La guía en este tema es la Comunicación de la Comisión *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del TCE*, (DOCE C 101 de 27 de abril de 2004).

- Incluso una práctica extendida solo en un Estado o una parte de él puede ser suficiente, siempre que pueda afectar también, ya sea de forma indirecta o potencial, al comercio intracomunitario, lo que sucederá cuando afecte a todo el territorio nacional, por el posible efecto de compartimentación nacional del mercado comunitario que puede acarrear.

El criterio decisivo es la efectiva incidencia, actual o potencial, directa o indirecta, de la conducta enjuiciada sobre el orden comunitario, y no tanto la localización de la sede o establecimiento o donde tenga lugar la conducta de la empresa. Por ello, también se incluiría el flujo comercial entre un Estado miembro y un tercer Estado.

En conclusión, la existencia de una posición de dominio sobre el mercado común o una parte sustancial del mismo, hace muy difícil que una práctica realizada desde tal dominación no afecte o inexorablemente pueda afectar al comercio entre Estados miembros.

2. Art. 102 TFUE

El art. 102 no establece una definición general del abuso ni de la posición dominante⁴⁷⁵, simplemente prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante. Hay que tener muy presente que lo que se prohíbe es el abuso de la posición dominante, y no la mera posición de dominio.

Ahora bien, el art. 102 sí que enumera, a modo de ejemplo, las conductas que pueden constituir un abuso de la posición de dominio, repitiendo las mismas conductas que también ejemplifica el artículo 101, excepto el reparto de mercados⁴⁷⁶. Asimismo, es muy significativo tener en cuenta que en materia de abuso de posición dominante no existe derecho derivado. Lo que nos indica que queda abierto a interpretación qué conductas

⁴⁷⁵ Según BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “La prohibición del abuso de posición dominante”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (director) *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 105: “*Tampoco se ha incluido en los Reglamentos dictados por el Consejo o por la Comisión alguna norma que supla ese vacío legal.*”

⁴⁷⁶ Es decir, el art. 101(c) “repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento”. La razón es simple, el art. 101 se encarga de acuerdos o concertos entre empresas restrictivos de la competencia que a la fuerza exigen dos o mas empresas; mientras que el art. 102 únicamente trata conductas unilaterales, aunque sean colectivas o conjuntas.

puedan encajar como abusos de posición de dominio y, para ello, en dicha interpretación se deberán tener en cuenta los principios y políticas que inspiran el Derecho de la Competencia en ese momento. Con ello, volvemos a recalcar la flexibilidad del Derecho de la competencia que ya hemos mencionado en este capítulo.

Puede darse una definición en base a la doctrina y jurisprudencia comunitaria. De este modo, la posición de dominio es “la capacidad de influencia que tienen una o varias empresas sobre la voluntad de otros agentes, y con ello, sobre el funcionamiento mismo del mercado, cuando llega el punto en que dicha influencia les da la posibilidad de desarrollar su propia estrategia de forma tan independiente que no necesita tener realmente en cuenta a las otras unidades económicas del mercado (competidores actuales y potenciales, proveedores y consumidores), lo que significa que puede obstaculizar una competencia sustancial”⁴⁷⁷.

Se trata de una definición que no ofrece un tipo jurídico completo del fenómeno de la posición de dominio del cual partir para determinar el abuso y, que, a su vez, nos permita establecer absolutamente para todos los casos cuando el comportamiento de la empresa es suficientemente independiente para considerar la existencia de una posición de dominio y/o su abuso. Sin embargo, como ya se ha puesto de relieve, es necesario que la norma sea lo suficientemente flexible para que pueda ser efectiva, al dar cabida a todos los tipos de situaciones que se den en la realidad de los mercados y a los diferentes objetivos político-económicos que se den en cada momento.

Tal flexibilidad se hace patente en el art. 102, como hemos dicho, cuando no se ofrece una definición de la explotación abusiva de una posición de dominio y, únicamente se enumeran una serie de supuestos a modo de ejemplo de conductas que pueden ser acogidas en su letra. Estas conductas, además, están redactadas de una forma amplia, de modo que pueden dar cabida a toda una variedad de comportamientos.

En otro orden de cosas, se hace necesario distinguir la posición de dominio con el poder de mercado o “market power”⁴⁷⁸, aunque a veces se utilicen indistintamente. Sin

⁴⁷⁷ Definición que da PELLISE CAPELL, J. – “Mercado relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC”, Aranzadi, 2002, pag. 95.

⁴⁷⁸ El poder de mercado es un concepto importando de USA y distinto a la posición de dominio, de contenido exclusivamente económico y carente de tipificación legal en Europa y España. Como dice ILLESCAS, R.: “El campo de aplicación del Derecho de la competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación”, 2004, cap. 3, pág. 119: “*Lo define Hawk, B. E. como el*

embargo, el concepto de posición de dominio es un concepto legal desarrollado por la Comisión y la jurisprudencia⁴⁷⁹, definida como la “fuerza económica que permite a una empresa impedir una competencia efectiva, como consecuencia de su comportamiento independiente”. Ahora bien, tal definición parece ir más allá que el concepto económico de poder de mercado o sobre el precio, incluyendo además la posibilidad del cierre del mercado, es decir, la posibilidad de mantener o excluir a las otras empresas competidoras fuera de ese mercado. Es más, tal fuerza económica, por tanto, no necesariamente implica que deba existir un poder sobre el precio.

Asimismo, la posición de dominio también debe distinguirse del denominado poder de monopolio o “monopoly power”, (aunque también se usen indistintamente en ocasiones), ya que el concepto de monopolio implica que haya una total ausencia de competencia real. Sin embargo, la posición dominante es compatible con situaciones de competencia, e incluso con la existencia de una viva competencia en el mercado.

Lo que aglutina a estos tres conceptos es que tales situaciones se dan normalmente en la realidad del funcionamiento de los mercados. Son situaciones claramente permitidas y

poder de una empresa de subir sus precios restringiendo la producción sin una pérdida significativa de ventas. Es, sin embargo, un concepto innecesario en derecho europeo, que puede confundirse con la posición de dominio, pero que se usa muchas veces como sinónimos”. Por su lado, KORAH, V.: *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 92 y 94, hace referencia a este concepto como “power over price” o poder sobre el precio, poniendo el acento en la falta de presión competitiva a la empresa dominante que, al permitirle subir los precios, se reduce la demanda por debajo del nivel competitivo y por tanto se encarece la producción de ese producto. Así también lo dicen Gómez, H., Figari, H. y Zuñiga, M. en “Hacia una metodología para la definición de mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 2004: “Por su parte, en Estados Unidos de América y Canadá, en lugar del término posición de dominio se utilizan conceptos similares denominados “poder de mercado” y “poder monopolístico”, los cuales hacen referencia a la capacidad de una empresa de controlar los precios del mercado (fijar sus precios por encima del nivel de competencia) o excluir competencia... El poder de mercado está referido a la capacidad de una empresa (o de un conjunto de ellas) de incrementar el precio por encima del nivel de equilibrio competitivo mediante la reducción de su nivel de producción;”. El *Discussion Paper de la DG de Competencia en referencia a la aplicación del Art. 82 a los abusos exclusionarios* (Dic. 2005), disponible en: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, establece que: “el poder de mercado es el poder de influir los precios, la producción, la innovación, la variedad o cualidad de los productos y servicios, u otros parámetros de competencia en el mercado durante un periodo significativo de tiempo.” Sigue mas adelante diciendo que el poder de “incrementar precios” es a menudo utilizado como un concepto a mano. Los Estados Unidos tienden a centrarse más estrechamente en el precio y la producción que en la variedad.

⁴⁷⁹ El TJCE ha definido la posición de dominio desde el asunto 27/1976 *United Brands c/ Comision*, sentencia de 14 de febrero de 1978, (Rec. 1978 pág. 207), y de igual forma en los casos posteriores al mismo, esto es: “a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of consumers”, (párr. 65).

legales, ya sea, el poder de mercado, la posición de dominio o el monopolio. Resaltamos una vez más, lo que está prohibido es su explotación abusiva.

La prohibición del art. 102 TFUE se integra de los elementos constitutivos siguientes: existencia de una posición de dominio, comportamiento abusivo y afectación del mercado. Este último elemento es la consecuencia del abuso, y por tanto, sistemáticamente, se puede subsumir en el segundo elemento. De este modo, en el análisis tradicional del Derecho de la competencia en el marco del art. 102⁴⁸⁰, con el fin de identificar las prácticas abusivas punibles, han de darse dos requisitos:

- En primer lugar, se debe determinar la posición dominante.⁴⁸¹
- En segundo lugar, se ha de determinar concretamente el abuso.⁴⁸²

3. LA POSICIÓN DE DOMINIO

La posición de dominio siempre se ejerce sobre un mercado. En el método tradicional que utiliza la Comisión para determinar la existencia de una posición de dominio es preciso, en primer lugar, definir el mercado relevante sobre el que se ejerce dicha posición. El mercado relevante incluirá todos los bienes o servicios en razón de los cuales los competidores ejerzan una presión competitiva sobre la empresa objeto de análisis, y abarcará el espacio geográfico desde el que esos competidores puedan ejercer presión

⁴⁸⁰ HERNANDEZ RODRIGUEZ, F.: “Documento de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 del Tratado a determinados abusos anticompetitivos (abusos exclusionarios)”, *Actas de Derecho Industrial Derecho de Autor*, Tomo XXVI, 2005-2006, pág. 489, señala que “las principales críticas realizadas a la forma de aplicar el art. 102 inciden en que los criterios que se aplican están excesivamente fragmentados, y sobre todo, se centran demasiado en cuestiones formales, mientras que los efectos en el mercado tienden a presumirse con excesiva facilidad, por lo que se debe evolucionar hacia un enfoque que preste mayor atención a los efectos de la conducta y se apoye en principios básicos de teoría económica...La idea central para determinar la licitud de la conducta de una empresa dominante es la de competencia basada en los meritos; ahora bien, no resulta fácil determinar de forma precisa el alcance de esta expresión sin ayuda del análisis económico. En suma, dos puntos son clave en el cambio para la aplicación de este art.: - incrementar el peso del análisis económico, pues hasta ahora el análisis de la Comisión se consideraba excesivamente teórico; y, - centrarse en los efectos de la conducta en el mercado, teniendo en cuenta consideraciones de eficiencia, especialmente en las justificaciones a su conducta que ofrezca la empresa dominante”. Sobre este tema reincidiremos en el cap. V.

⁴⁸¹ Generalmente la empresa dominante contará con una cuota de mercado estable de alrededor del 50% o mayor, constituyendo una presunción *iuris tantum*.

⁴⁸² Se habrán de analizar los hechos concretos en cada caso, fundamentándose en la conducta del empresario y, su calificación como abusiva en función de las circunstancias del mercado.

sobre esa empresa dominante. Delimitado el mercado, habrá que analizar, en segundo lugar, si la empresa tiene una posición de dominio en el mismo.

En la aplicación de la EFD/DRE se utiliza el mismo método tradicional indicado para determinar la posición de dominio en el mercado en cuestión, donde se localiza el recurso esencial. La razón fundamental es que es el mismo método de análisis que utiliza la Jurisprudencia y la Comisión para aplicar el art. 102 TFUE, en donde también se enmarca la EFD/DRE, y por tanto, coinciden en dicho método de análisis.

3.1. Delimitación del mercado relevante o de referencia⁴⁸³

En todo análisis en el Derecho de la Competencia la delimitación del mercado relevante o de referencia se constituye como un paso previo, y en consecuencia, también es así para la valoración y determinación de toda posición de dominio dentro del mismo. Como método para poder realizar este análisis, la Comisión publicó la Comunicación de la Comisión de 1997 *relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*.

Se trata de individualizar el mercado concreto por los rasgos que le diferencian del mercado general y especialmente, de los mercados individuales colindantes. Dicha individualización vendrá determinada por tres elementos que hacen a ese mercado en cuestión diferenciarse del resto: la existencia de diferentes productos; el ámbito geográfico o espacial; y el ámbito temporal. En menor importancia, también pueden nombrarse los factores administrativos.

Antes de pasar al estudio de estos tres elementos, interesa resaltar aquí que la definición de mercado relevante es determinante para la aplicación de la EFD/DRE. El primer paso para aplicar esta doctrina es establecer si un recurso es esencial o no, y tal esencialidad

⁴⁸³ Mercado relevante o “relevant market” es un término acuñado por la jurisprudencia americana. Dentro de la UE se define en la Comunicación de la Comisión *relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, (DO C 372 de 9 de dic. 1997, págs. 5 a 13). Es de resaltar que esta Comunicación menciona expresamente su influencia en la aplicación de la legislación de competencia del sector de los transportes, en su Introducción, en el punto 1, cuando dice que “*el objetivo de la presente Comunicación es orientar sobre la forma en que la Comisión aplica los conceptos de mercado de producto de referencia y mercado geográfico de referencia al aplicar la normativa comunitaria de competencia, en particular, los Reglamentos n° 17 y n° 4064/89 del Consejo, sus equivalentes en sectores tales como transportes, ...*”.

vendrá dada por las condiciones y características del mercado en donde dicho recurso se sitúa. Por tanto, con el fin de valorar la indispensabilidad de un recurso habrá que empezar por definir el mercado en cuestión.

A) Mercado de producto o criterio objetivo

Se delimita el mercado relevante por los productos (o servicios) que se incluyen en él y, para ello, se utiliza el criterio de la intercambiabilidad o sustituibilidad del producto o servicio. De este modo, *“el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*.⁴⁸⁴

En consecuencia, la presión que ejercen los competidores con el fin de que se incluya su producto en ese mercado concreto podrá presentarse desde tres perspectivas básicas: desde el punto de vista de la demanda; desde el punto de vista de la oferta; y, desde el punto de vista de la competencia potencial.

- Por *sustituibilidad de la demanda* se entiende que lo relevante es el hecho de que el producto o servicio pueda ser sustituido por otro que satisface las mismas necesidades desde el punto de vista del consumidor o adquirente⁴⁸⁵. En otras palabras, los productos integrantes en dicho mercado deben ser sustituibles desde el punto de vista del consumidor que los demanda⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Definición que recoge el punto 7 de la Comunicación de la Comisión *relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, (DO C 372 de 9 de dic. 1997, pág. 3.)

⁴⁸⁵ Comunicación de 9 de diciembre de 1997 *relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, (DO C 372 de 9 de dic. 1997, pág. 3.) en su punto 13: *“La sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios. Una empresa o un grupo de empresas no puede influir de manera significativa en las condiciones de venta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a suministradores situados en otro lugar”*.

⁴⁸⁶ Algunos de los factores que, sin ser excluyentes entre sí, ayudan a determinar si dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda son:

- Características del producto en relación con las preferencias de los consumidores, y también con el número de consumidores;

Una importante cuestión a tener en cuenta respecto a uno de los métodos para valorar la sustituibilidad de la demanda se refiere a la aplicación del SSNIP test o “the hypothetical monopolist test”⁴⁸⁷. Se pretende determinar el conjunto de productos que el consumidor considera sustitutivos, en respuesta a un pequeño y permanente incremento de los precios relativos para los productos considerados (asumiéndose generalmente un 5% anual⁴⁸⁸). La Comisión, en el “DG Competition

- Uso o destino del producto. Respecto a este factor, la misma Comunicación sobre mercado relevante, en el punto 36 dice: *“En una primera etapa, un análisis de las características de los productos y de sus utilizaciones previstas permite a la Comisión limitar el ámbito de investigación de los productos de sustitución. Sin embargo, las características de los productos y sus utilizaciones previstas no bastan para concluir que dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda”*;

- El precio. Cuando hay grandes diferencias entre los precios para un mismo producto, se tiende a considerar tales productos en mercados separados;

- Criterios cuantitativos, como la elasticidad cruzada de la demanda (que no elasticidad de la demanda), que sirve para medir la reacción de la demanda de un bien a la variación porcentual del precio de otro bien. Si la elasticidad cruzada de la demanda es alta, esto es, una pequeña variación de precio de un producto se traduce en un importante desplazamiento hacia el otro producto, será indicativo de que los productos cruzados integran un mismo mercado, ya que es prueba de su alto grado de sustituibilidad. Así la elasticidad cruzada positiva (>0) indica que los bienes son sustituibles (ej. aumenta el precio del café y como consecuencia aumenta de forma directamente proporcional la demanda de té). La elasticidad cruzada negativa (<0) significa que los bienes son complementarios (ej. aumenta el precio del café y desciende proporcionalmente la cantidad demandada de azúcar). Cuando no existe relación entre los bienes, la elasticidad cruzada es cero ($=0$);

- Otros factores derivados de la estructura misma del mercado que pueden obstaculizar el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos, como las barreras de tipo reglamentario u otras intervenciones estatales.

⁴⁸⁷ El test SSNIP es un acrónimo de “small but significant nontransitory increase in price”. Una vez más de elaboración norteamericana, se recoge por primera vez en las *US Department of Justice and Federal Trade Commission Merger Guidelines* de 1984. Dice WEATHERILL, S.: *Cases & Materials on EU Law*, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pág. 533, que este test que recoge la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 sobre la definición del mercado relevante (97/C 372/03) en sus puntos 15 y 17, no se encuentra en tales términos en las sentencias del TJCE, sino que procede directamente de la práctica americana. Como ilustración de la utilización de este test por la Comisión, recoge la Decisión 2000/12, 1998 Football World Cup [2000], (DO L5/55), en la que el mercado de las entradas al partido se identificó como un mercado en sí mismo desde el punto de vista del consumidor.

⁴⁸⁸ Siguiendo a la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 sobre la definición del Mercado relevante (97/C 372/03), en su punto 17: *“La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos.”* Sin embargo, este test se basa en que los precios actuales constituyen el marco comparativo apropiado para llevar a cabo el análisis, es decir, que el precio actual se corresponda con el precio competitivo. Lo que no sucede en los casos en que viene de aplicación el art. 82, cuando normalmente el precio ya está por encima de su nivel competitivo por existir una posición de dominio o un monopolio, lo que hay que tener muy en cuenta. De otro modo, el mercado podría definirse muy ampliamente

discussion paper on the application of art. 102 of the Treaty to exclusionary abuses”⁴⁸⁹, documento que recoge este test del SSNIP, indica expresamente que la Comunicación *sobre la definición del mercado relevante* debe servir de base para la aplicación del art. 102 en las cuestiones que surjan sobre definición de mercados. Ahora bien, esta Comunicación también indica que la existencia de la ‘cellophane fallacy’ implica que en los casos del art. 102 la definición de mercado debe ser considerada con mucha precaución y que la aplicación de un único método, en particular, el SSNIP test, es muy probable que resulte inadecuado⁴⁹⁰.

Korah⁴⁹¹ dice que la Comisión ha usado sólo excepcionalmente el “hypothetical monopoly test” y únicamente en casos de concentración (casos que son el principal objetivo en la aplicación de la Comunicación sobre definición de mercado relevante⁴⁹²), limitándose al test adoptado por el TJCE de la sustituibilidad de la demanda en referencia a sus características, precio o uso previsible del producto o servicio.

La definición adecuada del mercado relevante es fundamental para una correcta aplicación de la EFD/DRE. La razón estriba en que si definimos un mercado muy ampliamente, como puede ser el caso si se utiliza el test SSNIP, es muy probable que entonces el recurso (cuya esencialidad estamos tratando de discernir en referencia al mercado) no sea tan “esencial”, es decir, se “pierde” su esencialidad en un mercado tan amplio. Pongamos por ejemplo, que en vez de definir el mercado de

incluyéndose productos (o áreas) que únicamente imponen una restricción competitiva (falsos sustitutos) debido al hecho de que los precios ya han sido elevados por encima del nivel competitivo. Este falsa apreciación se conoce como la “cellophane fallacy”, porque surgió en un caso en US que implicaba a un productor de celofán (US v E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 US 377, 76 S. Ct 994 (1956), en el que el Tribunal Supremo consideró que había sustitutos para el celofán, sin haber considerado si los habría habido de haber sido el precio competitivo. La consecuencia es que una delimitación del mercado de referencia muy amplia conduce a una subestimación del poder de mercado de la empresa dominante. El punto 19 de esta Comunicación de 9 de diciembre de 1997 sobre la definición del mercado relevante parece recoger la ‘falacia del celofán’, que ha de tenerse en cuenta en particular para la investigación de los casos de abuso de posición dominante.

⁴⁸⁹ De diciembre de 2005. Sólo disponible en la página web de la Comisión Europea en lengua inglesa.

⁴⁹⁰ Véase WHISH, R.: *Competition Law*, 5ª ed., OUP, Oxford, 2005, pp. 30 y ss, que al respecto dice que la falacia del celofán y la aplicación poco cuidadosa del test SSNIP en los casos de posición dominante puede dar lugar a la determinación de mercados relevantes excesivamente amplios.

⁴⁹¹ KORAH, V.: *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, octava edición, Oxford, Hart Publishing 2004, pág. 385.

⁴⁹² Ver el punto 1 de la Comunicación citada y su referencia al Reglamento 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

transporte ferroviario de mercancías en la ruta española mediterránea donde es esencial el acceso a la infraestructura de vías ferroviarias, acabamos por definir el mercado de transporte (en general) de mercancías en la citada ruta. En este último supuesto, será sustituible por el transporte marítimo a corta distancia para esa ruta mediterránea, por lo que para realizar el servicio de transporte ya no es tan esencial el acceso a la infraestructura ferroviaria.

- Respecto a la *sustituibilidad en el lado de la oferta*, el punto de mira son las empresas que produzcan o puedan producir fácilmente el producto considerado. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice o pueda comercializarse tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas. Ahora bien, si un posible productor ha de emplear demasiado tiempo y dinero para adaptar su producción quedará fuera del mercado relevante⁴⁹³.

La sustituibilidad de la oferta permite conocer las posibilidades de entrada en el mercado por potenciales competidores que suministren, por tanto, un producto que sea sustitutivo del de la empresa dominante, con los efectos que ello tiene en términos de potencial reducción del poder de mercado de la empresa ya establecida, por la presión competitiva que ejercen. Por esta razón, esta perspectiva es especialmente relevante en el método para determinar si un recurso es esencial, ya que se centra en el examen de las posibilidades de entrada en el mercado por los competidores, y con ello, si el recurso puede ser duplicado o reemplazado por los

⁴⁹³ En tal caso, la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta será considerada en un momento posterior, cuando se valore la posición de dominio en un mercado ya definido. Es obvio que la entrada de un nuevo fabricante en el mercado o la expansión de la producción en una empresa competidora lleva tiempo, ya que depende de la flexibilidad de los procesos de producción, la disponibilidad de la tecnología apropiada para la fabricación del nuevo producto, los costes de ajuste, etc, con la consecuencia de que la presión competitiva por parte de los sustitutos en el lado de la demanda opera más rápido que en el lado de la oferta, y por tanto, en tal caso, solo la primera será tenida en cuenta para la definición del mercado relevante. Véase el párrafo 20 de la misma Comunicación: *“La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata...”* En el párrafo 23: *“La sustituibilidad de la oferta no se tendrá en cuenta para definir el mercado cuando implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos.”*

competidores, no por uno cualquiera, sino por uno igual de eficiente que el que controla el recurso, es el llamado test objetivo, que se verá en el siguiente capítulo en el análisis del asunto *Bronner*.

- *Competencia potencial.* Lo dicho en el párrafo anterior nos lleva a la tercera de las perspectivas desde las cuales se pueden ver las presiones competitivas ejercidas en relación a un determinado producto: la competencia potencial.

Aunque la sustituibilidad en el lado de la oferta y competencia potencial son conceptos diferentes, se solapan en parte porque la distinción descansa principalmente en si la restricción de la competencia es inmediata o no⁴⁹⁴. Es decir, se centra en el estudio prospectivo de los posibles competidores a largo plazo de la empresa dominante y la presión competitiva actual que los mismos ya ejercen sobre la empresa dominante.

B) Criterio o mercado geográfico

Este criterio requiere definir el área geográfica relevante. Es inexorable que el mercado de producto se sitúe en un mercado geográfico, contribuyendo a la definición del mercado de referencia⁴⁹⁵. El área geográfica relevante será aquella en la que se desarrolla la actividad económica de los agentes en unas mismas condiciones de competencia homogéneas relativas al producto de que se trate⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Véase el párrafo 24 de la misma Comunicación.

⁴⁹⁵ Es significativo reflejar aquí lo que dice en su punto 9 la misma Comunicación: “*Así pues, el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico. La Comisión interpreta las definiciones de los puntos 7 y 8 (que reflejan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, así como su propia práctica decisoria) siguiendo las orientaciones definidas en la presente Comunicación.*”

⁴⁹⁶ Lo decisivo para considerar un área como homogénea no es la igualdad de condiciones competitivas, que pueden variar de unas zonas a otras dentro del área homogénea, sino que las diferencias existentes no sean capaces de obstaculizar la sustituibilidad geográfica dentro del área. Siguiendo a la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 sobre la definición del mercado relevante (97/C 372/03), punto 8, el mercado geográfico relevante comprende “*la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas de aquellas*”.

También para determinar el mercado geográfico el análisis se centrará en la sustituibilidad geográfica de la demanda⁴⁹⁷, de la oferta⁴⁹⁸ y en la competencia potencial⁴⁹⁹.

Un aspecto muy importante a valorar en la delimitación del mercado geográfico son las condiciones de transporte⁵⁰⁰. Es decir, si el transporte no es barato o es difícil de organizar afectará a la posible sustituibilidad del producto en otras fuentes, y entonces en la definición de ese mercado, dichas fuentes no podrán ser incluidas en la dimensión geográfica del mismo. Los costes de transporte suelen ser una de las barreras naturales más frecuentes con que se encuentran los clientes que quieren salir de su área geográfica, sobre todo si se trata de productos voluminosos y de escaso valor o difícil

⁴⁹⁷ La naturaleza de la demanda del producto considerado puede en sí misma determinar la extensión del mercado geográfico -factores tales como las preferencias nacionales, la preferencia por la marca, el idioma, la cultura y el estilo de vida nacionales o la necesidad de una presencia local tienen grandes posibilidades de limitar la zona geográfica donde se compete-. La Comisión puede igualmente aquí aplicar el “hypothetical monopoly test” (visto anteriormente): si el aumento del precio no es rentable porque demasiados compradores se cambiarían a productos producidos en otras áreas, entonces se añadirá el próximo mejor sustituto geográfico, y así continuamente hasta que tengamos un área en la que el monopolista pueda rentablemente aumentar el precio significativamente. Debe tomarse en cuenta a favor el continuo proceso de integración del mercado europeo; al abolirse las barreras fronterizas, muchos mercados han pasado a ser geográficamente más amplios, aunque aun muchos permanezcan como mercados nacionales.

⁴⁹⁸ Los competidores no expandirán su capacidad si las ganancias estimadas son pequeñas en relación a la escala mínima eficiente de unidades producidas. Incluso los productores locales de un producto idéntico no restringirán el poder sobre el precio del rival si no son capaces de expandir su capacidad. La escala mínima eficiente es el nivel de output (producción) necesario para minimizar el promedio de costes, agotando las economías de escala (mas veremos las economías de escala). Si la expansión o entrada de una empresa en un mercado ocurre a una escala ineficiente, la presión competitiva impuesta en otras empresas es menos efectiva. Por ello, al valorar las barreras a la entrada o expansión en un mercado es útil considerar la escala eficiente mínima en el mercado en cuestión. Por otro lado, será relevante identificar las posibles barreras que, al impedir la entrada al mercado, protegen a las empresas localizadas en una zona de la presión competitiva de otras situadas fuera de esa zona geográfica.

⁴⁹⁹ La competencia potencial también será considerada, tanto de otra área geográfica como nuevos posibles competidores dentro del mismo área. La fuerza de la competencia potencial depende de lo importantes que sean las barreras para entrar en un mercado. Si las barreras a la entrada (que se verán mas adelante) no son importantes, es más fácil entrar en el mercado y la competencia potencial, incluida el posible aumento de la capacidad por parte de la oferta, podrá ser una significativa fuerza restrictiva del poder de mercado.

⁵⁰⁰ Al evaluar la sustituibilidad geográfica se tendrán en cuenta los siguientes factores (US government Merger Guidelines de 1984): - los patrones de transporte de la empresa a evaluar y de sus competidoras; - prueba de que los compradores ya han considerado cambiar sus compras a vendedores en diferentes lugares, especialmente cuando correspondan a cambios en el precio relativo u otras variables competitivas; - diferencias en los movimientos del precio del producto relevante o similares en un periodo de años que no son explicables por cambios comunes en factores tales como el coste de materia prima en diferentes áreas geográficas; - costes de transporte; - costes de distribución local; - excedentes de capacidad de las empresas fuera del lugar de la empresa en cuestión.

conservación, aunque, a veces, pueden compensarse por ventajas en otros costes, como las materias primas o los costes laborales⁵⁰¹.

Dentro del criterio geográfico, es requisito indispensable, que enuncia el propio art. 102 TFUE, que el área delimitada sea una *parte sustancial del mercado común*.

Si bien el mercado se ha de extender sobre un territorio, la sustancialidad se deriva más de su importancia económica en relación al conjunto del mercado común (criterio cualitativo) que de su extensión geográfica (criterio cuantitativo).

Por otro lado, cuando las condiciones competitivas sean homogéneas en un plano supracomunitario, la Comisión no tendrá inconveniente en definir un mercado geográfico que va mas allá de la UE con la salvedad de que la previsión “en el mercado común o una parte sustancial del mismo” se tendrá en cuenta únicamente para el nexo territorio-abuso y no para definir el mercado relevante.

C) Criterio temporal o factor tiempo

La posición de dominio ha de ir referida a un intervalo de espacio-tiempo determinado porque las condiciones del mercado y de la estructura de las empresas puedan hacer desaparecer la posición de dominio que una empresa ostenta en un momento determinado. De este modo, también ha de tenerse en cuenta la competencia potencial, pues los mercados no son estáticos sino profundamente dinámicos.

D) Factor administración o normativo

En la delimitación del mercado de referencia deben tenerse en cuenta los obstáculos estructurales, que dificultan el desplazamiento de la demanda o de la oferta, como las barreras reglamentarias o técnicas, los monopolios legales o fiscales, u otra forma de intervención estatal. El principal factor delimitador del mercado será la propia normativa regulatoria, que acota artificialmente sobre un producto, en un área geográfica y por un periodo definido o indefinido de tiempo, un mercado, el cual resulta distinto del que determinarían las fuerzas de la competencia. Este factor es particularmente importante

⁵⁰¹ Ver puntos 31 y 50 de la Comunicación sobre la definición del mercado relevante.

en el mercado ferroviario europeo, ya que en la mayoría de los Estados miembros la estructura históricamente establecida ha sido el monopolio estatal.

3.2. Definición de la posición de dominio: comportamiento independiente en el mercado

La Comunicación de 9 de diciembre de 1997 sobre la definición del mercado relevante ofrece en su párrafo 10 una definición de posición de dominio: “*En el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores*”⁵⁰². Se trata de analizar cuando la empresa tiene en ese mercado relevante (que ya hemos definido) una posición de dominio.

Sin embargo, es una definición que ha desarrollado la Jurisprudencia comunitaria⁵⁰³. Es interesante volver sobre el tema, dentro de la flexibilización del Derecho de la Competencia, de que para valorar si una conducta es o no dominante en un mercado se haya de recurrir a la Jurisprudencia⁵⁰⁴ y no a la propia legislación. También se deja a un amplio margen de interpretación respecto a lo que haya de valorarse como “comportarse con relativa independencia”, cuestión que tampoco plantea la letra de la ley.

El método que propone la Comisión para valorar la posición dominante es recogido en la Comunicación de la Comisión *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*⁵⁰⁵ (párrafo 10), a modo de consolidación de la jurisprudencia sobre esta cuestión.

⁵⁰² Definición del TJCE en la sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche c/ Comisión*, párr. 38, confirmada en sentencias posteriores, (Rec. 1979, pág. 461).

⁵⁰³ PACHECO CAÑETE, M.: “El abuso de posición dominante en el sector de la telefonía fija”, pág. 415, en Font Galán, J.I. y Pino Abad, M. (coord.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, 2005.

⁵⁰⁴ Las principales sentencias del TJCE que van desarrollando el concepto de la posición dominante son: *United Brands c/ Comisión*, asunto 27/76, TJCE, (Rec. 1978 pág. 207); *Hoffmann-La Roche c/ Comisión*, (ya mencionada) asunto 85/76, TJCE (Rec. 1979 pág. 461); *AZKO Chemie BV c/ Comisión*, asunto C-62-86, TJCE (Rec. 1991 pág. I-3359); *Hugin c/ Comisión*, asunto 22/78, TJCE (Rec. 1979 pág. 1869); *Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Comisión*, asunto 322/81, TJCE (Rec. 1983 pág. 3461); *The Coca-Cola Company c/ Comisión*, asunto T-125/97, TPI (Rec. 2000 pág. II-1733).

⁵⁰⁵ La Comunicación es de 9 de febrero de 2009 y publicada en el DO C 45 de 24/02/2009, pp. 7-20. El párr. 10 dice: *La dominación se ha definido conforme al Derecho comunitario como la*

A) Elementos de la definición de la posición de dominio

Retomando la definición de posición dominante reflejada al principio de este epígrafe, vemos que se puede diseccionar su análisis en tres elementos necesarios:

- poder económico⁵⁰⁶,
- la posibilidad de adoptar un comportamiento independiente de los otros agentes en el mercado, y,
- la posibilidad de obstaculizar una competencia efectiva⁵⁰⁷.

El primer elemento implica que la posición de dominio existe en relación a un mercado, no puede darse en abstracto, ha de existir un mercado. Los otros dos elementos vinculan la posición de poder económico al proceso competitivo. La noción de independencia, la cual es un rasgo distintivo de la posición de dominio, está relacionada con el nivel de presión competitiva que la empresa en cuestión afronta. Para que la posición de dominio exista la empresa no puede estar sujeta a ninguna presión competitiva efectiva. Y al mismo tiempo, una empresa dominante que no está sujeta a presiones competitivas reales tiene la capacidad de subir el precio por encima de su nivel competitivo y obstaculizar, con ello, el proceso competitivo.

situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. Este concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. La dominación implica que esta presión competitiva no es suficientemente eficaz y, por lo tanto, que la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado sustancial durante cierto tiempo. Esto significa que las decisiones de la empresa son en gran parte insensibles a las acciones y reacciones de sus competidores, sus clientes y, en último término, de los consumidores. La Comisión puede considerar que no existe una presión competitiva eficaz aún cuando subsista una cierta competencia real o potencial. Por lo general, una posición dominante es el resultado de varios factores que, tomados por separado, no son necesariamente determinantes.

⁵⁰⁶ Como ya hemos visto, es entendido por la Comisión Europea como el poder de influenciar los precios de mercado, la producción, la innovación, la variedad y calidad de bienes y servicios u otros parámetros de competencia. Concepto que se distingue del concepto estadounidense que se centra únicamente en el poder sobre el precio, como hemos visto en la nota al pie 54 anterior. Así se viene a confirmar esta concepción en el párr. 11 de la ya mencionada Comunicación es de 9 de febrero de 2009 (DO C 45 de 24/02/2009, pp. 7-20).

⁵⁰⁷ Es decir, el poder de cierre o bloqueo del mercado a la entrada de nuevos competidores o a la expansión de los competidores actuales.

Asimismo, estos dos últimos elementos tienen la virtualidad de guiar el método y criterios de valoración en el análisis de la existencia de la posición de dominio y vienen a corresponderse con:

- un criterio estructural o estático que describirá la estructura del mercado (capaz de obstaculizar la competencia⁵⁰⁸) y,
- un criterio dinámico o de comportamiento y resultados centrado en el comportamiento independiente de la empresa y sus logros⁵⁰⁹. Ambos se interrelacionan y combinan entre sí, y deben tenerse en cuenta conjuntamente.

En el ámbito de la EFD/DRE, la indispensabilidad de un determinado recurso está directamente relacionada con la valoración de la posición de dominio en un mercado. Cuanto más dominante en un mercado sea el propietario o gestor del recurso en más indispensable se constituirá dicho recurso, al ser su poder de exclusión al acceso mayor; acceso que le es necesario al competidor como *input* o insumo⁵¹⁰ esencial para poder desarrollar su propia actividad económica. Y por ello, una vez consolidado el poder de dominio, la empresa tiende a proteger su dominación reforzando las barreras existentes en el mercado o creando otras nuevas. Por esta razón, los monopolios tenderán a crear o reforzar las barreras con el ánimo de excluir a sus competidores potenciales.

Influyen en estos dos criterios, y por lo tanto, habrán de contemplarse la competencia actual, las barreras a la entrada y a la expansión, y la posición de los clientes en el mercado.

B) Competencia actual

Se tiene en cuenta la posición de mercado no solo del monopolista sino también de sus competidores, que viene definida por:

⁵⁰⁸ Criterio estático o estructural (organización y funcionamiento del mercado e influencia de la empresa dominante en el mercado): La estructura del mercado es la que hace posible la existencia de la posición de dominio. En otras palabras, ese determinado mercado tiene una estructura tal que determina que esa empresa pueda comportarse independientemente. A su vez, la misma empresa ha influido en como ese mercado se organiza y, por tanto, como se caracteriza.

⁵⁰⁹ Criterio dinámico, de comportamiento (desarrollo de la empresa y posibilidad de adoptar un comportamiento independiente) y de resultados (muestra la posición dominante de una empresa por las consecuencias que para la empresa o sus competidores se derivan de su comportamiento).

⁵¹⁰ En el Diccionario de la Real Academia Española se define 'insumo' como el conjunto de bienes empleados en la producción de otros bienes. Se puede consultar en: www.rae.es

- a) la cuota de mercado. Una vez definido el mercado⁵¹¹, establecemos la cuota de mercado (el porcentaje de las ventas de la empresa en cuestión sobre el volumen total de ventas del mercado).

Un inconveniente de la cuota de mercado es que cualquier cifra dada de volumen de ventas de una empresa representará necesariamente una gran cuota en un mercado más pequeño y viceversa, determinara una cuota pequeña si el mercado es definido ampliamente, por lo que habrán de tenerse en cuenta también otros factores que afectan a la dominación de la empresa, como su poder económico⁵¹².

Ahora bien, no puede excluirse el estudio de la cuota de mercado porque es indicativa de la estructura del mercado y nos introduce en el análisis de las características de dicho mercado⁵¹³.

La razón por la que la cuota de mercado debe combinarse con otros factores en el estudio de la existencia de una posición de dominio es que es un criterio estático,

⁵¹¹ Los mercados no siempre tienen sus límites claramente definidos, teniendo en cuenta sobre todo, que la sustituibilidad de los productos no es perfecta. De este modo, que la delimitación del mercado relevante sea muy amplia o muy estrecha conduce a una subestimación o una sobreestimación, respectivamente, del poder de mercado, más concretamente, de las cuotas de mercado de las empresas y de la tasa de concentración de las mismas.

⁵¹² Para examinar la capacidad de la empresa de desarrollar un comportamiento independiente, ha de valorarse su poder económico, por lo que una vez que tenemos la cuota de mercado, aun necesitamos determinar lo que implica respecto a la capacidad o magnitud de esa empresa para establecer un precio por encima de su propio nivel competitivo. No hay manera de determinar si una cuota de mercado es excesiva sin conectarla de alguna manera con la diferencia entre el precio-coste o margen de beneficio de esa empresa. Beneficios por encima de lo normal son indicativos de la falta de presión competitiva. Y asimismo, en la capacidad de su rival para expansionarse, que es a grandes rasgos proporcional a la cuota de mercado del mismo. Sin embargo, la cuota de mercado nos dice relativamente poco acerca de la capacidad de una empresa para establecer un precio por encima de su nivel competitivo. Lo que verdaderamente restringe el poder sobre el precio de una empresa es la disposición de sus clientes de comprar menos como respuesta a aumentos en el precio, es decir, la elasticidad de la demanda. Siguiendo a la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997, sobre la definición del Mercado relevante (97/C 372/03), párr. 39, (5), define: “La elasticidad de la demanda en función de los precios de un producto X sirve para medir la reacción de la demanda de X a una variación porcentual de su precio. La elasticidad cruzada entre los productos X e Y es la reacción de la demanda del producto X a la variación porcentual del precio del producto Y.” Cuanto menor es la respuesta del comprador a los aumentos del precio, mayor es el poder de la empresa (menor elasticidad).

⁵¹³ De este modo, una cuota que supera el 80% del mercado, si se mantiene en el tiempo, demuestra por sí misma la posición de dominio, y por encima del 50% será indicativa de dominancia. Al contrario, una cuota por debajo del 25% excluye la dominancia, a no ser que se dé una fuerte atomización de los restantes competidores. Habrá de valorarse el número y la talla de los competidores cuando la cuota ronde del 40 al 50%. Véase el considerando 32 del Reglamento del Consejo 139/2004 de 20 de enero de 2004, relativo al control de concentraciones (DO L 24, 29.01.2004, pp. 1-22).

cuando la competencia es más un proceso dinámico que un estado. Por sí misma la cuota no refleja las presiones dinámicas ejercidas por la competencia. La clave está, no tanto en el grado de concentración o atomicidad de dicho mercado, que viene representado por la cuota, como que exista realmente movilidad de los factores. De hecho, las fluctuaciones en la cuota suelen reflejar tensiones competitivas. Aunque en un momento dado una empresa pueda detentar una gran cuota de mercado, cuando no existen barreras de entrada para las empresas en el mercado, se verá presionada por la competencia potencial del mismo modo que si tuviera una competencia actual.

- b) la estructura de la empresa. Se trata de averiguar la implantación e influencia de la empresa en el mercado a través de factores, tales como su capacidad financiera, capacidad de extenderse internacionalmente, recursos y métodos de producción, servicios pre y post venta, diversificación, métodos de presentación, transporte y venta (si tiene una red de distribución propia o no), la imagen de marca, la tecnología con la que cuenta, investigación y desarrollo, y, sobre todo, la organización de la propia empresa.

La empresa puede organizarse a modo de integración vertical o de conglomerado. Mientras que la integración vertical tiende a reforzar la dependencia económica⁵¹⁴ del cliente que sufre el abuso, las estructuras de conglomerado se descubren más difusas y difíciles de medir respecto a su poder de dominio.

C) Barreras a la entrada y a la expansión de mercados. Clasificación.

La entrada de competidores en un mercado se verá incentivada por los beneficios extraordinarios que se producen en el mercado como consecuencia de la existencia de precios superiores a los que corresponderían a un mercado competitivo. La entrada de competidores potenciales dependerá, no obstante, de la existencia o no de barreras a ese mercado.

Son las barreras uno de los temas fundamentales y más complejos del Derecho de la Competencia, entre otras cosas, por las muchas implicaciones que tiene con los aspectos

⁵¹⁴ Tanto la integración vertical como las situaciones de dependencia económica se ven más adelante.

económicos de la competencia. Asimismo, es un tema que está muy relacionado con la EFD/DRE, por lo que nos será de utilidad entender por qué se dan las barreras en los mercados.

En general, se entienden por barreras a la entrada las dificultades en que se encuentran las empresas para operar en un nuevo mercado⁵¹⁵, colocando a dichas empresas en una desventaja competitiva importante en relación a las ya existentes. Si no hay barreras a la entrada de nuevas empresas en una industria, los agentes actúan en pie de igualdad, se encuentran al mismo nivel para competir y el mercado tenderá a organizarse en una estructura atomizada, generándose un mercado dinámico.

De este modo, cuando no haya barreras en un mercado, aunque faltase la atomicidad, las empresas existentes se verán empujadas a la eficiencia por la competencia potencial de otras posibles empresas del mismo modo que si hubiese competencia perfecta.

En consecuencia, las barreras son factores que hacen la entrada imposible o poco rentable, mientras que permite a las empresas establecidas imponer precios por encima del nivel competitivo. Cuanto más costoso se prevé que sea el coste de la expansión de una empresa o la entrada a un mercado y menores los precios que se podrán establecer una vez producida la expansión o entrada, mayores serán las probabilidades de que dicha expansión o entrada no sea rentable y, por lo tanto, que no se lleve a cabo.

Por el contrario, los fallos del mercado, cuando no hay competencia perfecta o atomicidad, son indicadores de la existencia de las barreras a la entrada y expansión. Aunque, como ya hemos visto al principio de este capítulo, en la realidad, lo común no son los mercados perfectos sino que son la excepción. Por ello, todas las barreras a la entrada contribuyen a constituir la posición dominante. En los mercados ferroviarios existen importantes barreras, especialmente por la histórica estructura monopolística de

⁵¹⁵ Siguiendo la definición de AREEDA P. E. y HOVENKAMP H., en *Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application*, Cambridge, Massachussets, 1994, pp. 70-73, una barrera a la entrada es cualquier factor que permite a la empresa asentada en un mercado ganar beneficios por encima del nivel competitivo evitando al mismo tiempo que agentes ajenos a dicho mercado entren en el mismo. El concepto de barrera a la entrada es controvertido para los economistas. Algunos consideran que, en ausencia de barreras legales, sólo se puede hablar de barrera de entrada cuando un nuevo entrante se enfrente a costes superiores a los que se enfrentan las empresas ya establecidas. Bajo este último enfoque, será más difícil considerar la existencia de posición de domino. Sin embargo, en general, las autoridades comunitarias han defendido un enfoque más limitado, lo que ha llevado a considerar un mayor número de situaciones como de posición de dominio.

la que provienen las empresas ferroviarias. En el proceso de liberalización del sector ferroviario y desde el punto de vista económico, las empresas dominantes establecidas pueden generar barreras de entrada como elementos de protección ante nuevas empresas entrantes. La falta de desarrollo del proceso liberalizador, aunque comienza en los años noventa, dificulta la toma de decisiones de inversión por parte de las distintas empresas nacionales o europeas en el sector ferroviario⁵¹⁶.

*Cuando una empresa detenta una cuota de mercado significativa durante algún tiempo, pero el acceso al mercado es fácil, entonces no existe riesgo de monopolización*⁵¹⁷ (entendido como abuso de la posición de dominio). De este modo, la presencia o ausencia de las barreras constituye un factor importante para evaluar la posición dominante, dado que de éstas dependerán las futuras condiciones de competencia que se den en el mercado objeto de análisis.

Es lógico pensar, por tanto, que en los mercados donde se localiza un recurso esencial existan barreras de la suficiente entidad para que determinen la “esencialidad” del recurso o de la infraestructura en cuestión. Si nos situamos en el sector ferroviario, las barreras crean un efecto de bloqueo o cierre del mercado a la competencia. Nuestra doctrina de los recursos esenciales se centra precisamente en el acceso de nuevos competidores, o en las condiciones desiguales de acceso que se imponen a los existentes, a un recurso que, precisamente por la existencia de considerables barreras, se constituye en “esencial”. En efecto, como seguidamente veremos, puede que sea la infraestructura ferroviaria uno de los sectores que más barreras, y de importante entidad, acumula, muchas de las cuales han sido y son objetivo de los paquetes ferroviarios en la liberalización que se está llevando a cabo en la UE.

⁵¹⁶ Como ponen de manifiesto AGUADO, T. y RUIZ, A.: *El nuevo sector ferroviario y la competencia: detección de barreras a la entrada*, Adjudicación de ayudas a la investigación-XXIII convocatoria 2004, orden FOM/2844/2004, de 30 de julio (BOE 27/11/2004), pp. 4 y 10, a lo que añaden que *el proceso liberalizador, en el sector ferroviario, esta siendo mas lento que en el sector aéreo debido principalmente a los vínculos que de forma tradicional se han establecido entre el sector ferroviario y las políticas nacionales o de interés nacional*.

⁵¹⁷ En palabras de la OCDE, Dirección de Asuntos financieros y de empresa, Comité de Competencia: “Guidance to business on monopolisation and abuse of dominance”, *DAF/COMP (2007) 43*, pág. 8. Asimismo, AHLBORN, C., EVANS, D.S. y PADILLA, A.J.: “Competition Policy in the New Economy: is European Competition Law up to the challenge?”, *ECLR*, 2001, n° 5, pág. 160, indican que la influencia de un modelo estático de competencia perfecta se refleja en el fuerte enfoque por parte de las autoridades de la competencia en la cuota de mercado (en vez de en las barreras a la entrada) y su apoyo a la pequeña y mediana empresa. En un modelo dinámico las economías de escala en la producción junto con los efectos de mercado pueden resultar en una única empresa con mínimos costes y una gran cuota de mercado (concentración); los consumidores se benefician de los precios más bajos y de una mayor estandarización.

Clasificación y análisis de las barreras:

Las más comunes son las barreras de tipo legal, las economías de escala, los costes hundidos o los comportamientos estratégicos de las empresas. En el sector ferroviario se dan todos estos tipos de barreras, como vamos a ver.

- Barreras legales y administrativas. Se dan cuando los poderes públicos intervienen para limitar la competencia en una industria⁵¹⁸.

Tradicionalmente la industria ferroviaria europea ha estado sometida a distintas regulaciones en el ámbito de cada Estado que marcaban nacionalmente diferentes estándares técnicos en la totalidad de los componentes necesarios para que un tren circule, desde el diferente ancho de vía que determinaba, a su vez, la distinción de locomotoras y material rodante para poder circular en esa determinada infraestructura viaria, diferentes sistemas de señalización y control del tráfico y diferentes sistemas de electrificación, que, por ello, determinaban diferentes capacidades de los conductores, diferentes tipos de instalaciones de mantenimiento, etc., y que la Comisión ha tratado de uniformizar a través de reglamentos técnicos y con la creación de la Agencia Ferroviaria Europea, como hemos visto en el capítulo I ⁵¹⁹.

La barrera legal por antonomasia es el monopolio legal, en el que la posición de dominio viene establecida directamente por una ley. En este caso, es jurisprudencia reiterada que una empresa que disfruta de un monopolio legal ocupa una posición dominante en el sentido del art. 102 TFUE⁵²⁰. Los ferrocarriles europeos han constituido tradicionalmente monopolios legales.

⁵¹⁸ En general, algunas de estas barreras son las siguientes: 1) Restricciones al comercio exterior mediante aranceles a las importaciones u otras reglamentaciones técnicas, que fueron objetivo de la regulación comunitaria desde el mismo origen de la CEE, y especialmente como culmen en Maastricht, y por su efecto de compartimentación de los mercados nacionales. 2) Patentes y marcas o cualesquiera otros derechos de propiedad industrial o intelectual.

⁵¹⁹ Véase el primer capítulo, todo el epígrafe III, especialmente los puntos 5, 6 y 7.

⁵²⁰ Especialmente, lo dice la sentencia de 10 de diciembre de 1991 en el asunto C-179/1990, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c/ Siderurgica Gabrielli SpA*, en el considerando 14.

El art. 106 TFUE legitima los monopolios legales y fiscales: “*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedaran sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, la misión específica a ellas confiada...*”

Ahora bien, una cosa es la concesión de un monopolio para la consecución de determinadas funciones, en cuyo nombre las actuaciones gozaran del amparo legal establecido por la ley que genera el monopolio, que no está prohibido, y otra distinta es el control antiabuso de sus conductas. En principio, la actividad del monopolio se encuentra sujeta a regulación administrativa, bajo la tutela del regulador (si existe) y sustraído al control de los tribunales de defensa de la competencia. En cambio, no sucede lo mismo cuando no existen normas regulatorias específicas que regulen el comportamiento del monopolista o cuando éste actúe al margen de las mismas, lo que no impide, por tanto, la actuación a posteriori de control del derecho de la competencia y sus tribunales⁵²¹ castigando los posibles abusos.

El monopolio produce ineficiencia económica, ya que cuando una única empresa controla la producción de un producto o servicio, el precio será mayor⁵²² y la productividad será limitada, distorsionando la distribución de los recursos.

- Barreras fundadas en las condiciones de costos o naturales⁵²³. Se dan cuando las características de la demanda o de los costes crean una relación asimétrica entre

⁵²¹ Al respecto véase el capítulo II sobre la relación entre regulación y Derecho de la Competencia. Por otra parte, en nuestro Derecho el art. 6-3º de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, (que estuvo vigente hasta el 1 de septiembre de 2007) decía: “Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal”. La vigente ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia matiza esta disposición en su art. 4: *Conductas exentas por ley. 1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.*

⁵²² Un monopolio establece un precio que maximice sus beneficios, es decir, aquel respecto al cual cualquier otra subida del mismo costaría más en ventas perdidas (debido al aumento del precio) que la ganancia que reporta el aumento de beneficio por las ventas retenidas al reducir la producción.

las empresas ya establecidas y los nuevos entrantes. Este tipo de barreras son endógenas en el sector ferroviario. Son:

1) *Ventajas de costes absolutos*. Se dan cuando la diferencia entre los costos medios de las empresas ya establecidas en la industria y los que tendrían las nuevas empresas que quisieran establecerse son tan importantes que disuaden a estos últimos de entrar en la industria. También son importantes en la industria ferroviaria.

2) *Escalas de eficiencia mínima*. Las más notables son las economías de escala y alcance. Las economías de escala se pueden definir como aquella situación en la que el costo medio de producción disminuye cuando se aumenta el tamaño de la planta y la producción debido a que los costes fijos se distribuyen más (por unidad) cuanto mayor es la producción⁵²⁴. De lo que se deduce que las economías de escala no constituyen en sí mismas una barrera que no pueda ser superada por los nuevos entrantes. Sin embargo, constituirán una barrera cuando requieren una capacidad de producción sustancial comparada con el tamaño del mercado, es decir, la empresa tiene que tener un tamaño tal que no permite la atomicidad de los oferentes⁵²⁵. De este modo, las empresas pequeñas no pueden sobrevivir, por lo que el mercado se organiza en una estructura de oligopolio (unas pocas empresas) o de monopolio natural (si las economías de escala hacen que la forma más eficiente de organizar la producción sea una única empresa⁵²⁶). Por tanto,

⁵²³ Son consideradas naturales (también llamadas estructurales) porque son consecuencia del normal devenir del sistema, son consustanciales al mismo en contraste con las barreras creadas por la acción del Estado o por las mismas empresas.

⁵²⁴ Véase CABRERA, A.: “Economía y Organización de empresas”, Ediciones SM, Madrid, 2006 (págs. 90 a 95), en que se recogen las definiciones de los conceptos económicos “costes fijos”, “coste medio o por unidad” y el “principio de los rendimientos decrecientes” que afecta a los dos primeros.

⁵²⁵ “La tecnología y la multiplicación de las economías de escala crearían un conflicto entre un proceso competitivo basado en la coexistencia de múltiples operadores independientes de talla reducida y la eficiencia que requiere la existencia de empresas de grandes dimensiones que controlen y planifiquen las fuerzas del mercado”, JAQUEMIN, A.: *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*, ed. Hispano Europea SA, Barcelona, 1980, pp. 415 y 416.

⁵²⁶ El monopolio natural se puede definir como aquella situación en la que una sola empresa puede producir el output deseado a menor coste que cualquier combinación de dos o mas empresas, Ariño Ortiz G., “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un Nuevo modelo de regulación)”, en la obra colectiva *El Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 28. También, como aquella situación que se produce en una industria cuando debido a las economías de escala, o a las economías de alcance, es menos costoso para una empresa producir un producto en un mercado definido que para dos o mas compañías, por lo que solo una sobrevivirá. En definitiva, hay monopolio natural cuando la

requieren una inversión de capital importante para crear la empresa que pueda entrar en el nuevo sector. Esto es lo que ocurre con las empresas ferroviarias gestoras de la infraestructura ferroviaria⁵²⁷ que constituyen monopolios naturales, y que requieren además de una importante inversión de capital en la infraestructura necesaria para su operatividad. Asimismo el coste medio del rendimiento disminuye cuanto mayor es su capacidad de transporte⁵²⁸, es decir, tienen economías de alcance.

Es también necesario que la salida del mercado sea muy costosa (*barreras de salida*), es decir, que se den importantes costes hundidos. Estos tienen lugar cuando no puede recuperarse la inversión o el coste realizado porque no puede usarse para ninguna otra actividad comercial (si, por ejemplo, la empresa ha de salir del mercado porque el proyecto ha fracasado). Pueden darse cuando se tiene que invertir fuertemente para aumentar la capacidad existente. Si los costes hundidos van a ser importantes, la inversión es más arriesgada que cuando los recursos tienen otros usos, y en consecuencia, al implicar un gran riesgo, sólo se llevará a cabo si se espera obtener una gran rentabilidad.

Por tanto, como hemos visto, en el sector ferroviario se dan economías de escala y alcance, constituyendo la estructura ferroviaria un monopolio natural como consecuencia de las fuertes inversiones de capital necesarias para su establecimiento y altos costes hundidos⁵²⁹.

El hecho de que las economías de escala exijan la organización del mercado en una estructura de oligopolio o de monopolio natural, puesto que el tamaño mínimo eficiente del mercado no permite la existencia de más de una o unas pocas empresas, trae como consecuencia una importante cuestión: la disyuntiva de priorizar entre la persecución de objetivos políticos o económicos. Según a qué

demanda se satisface a menor coste si es una sola empresa la encargada de ello, y los costes son mayores en la medida en que son más las empresas que participan en la satisfacción de la demanda. Por su importancia para el sector ferroviario, volveremos sobre el tema en el cap. V.

⁵²⁷ Como hemos visto en el primer capítulo, la infraestructura ferroviaria constituye un monopolio natural, como dice la Directiva 2001/14. No así los servicios de transporte ferroviario que tradicionalmente se los ha englobado dentro del monopolio estatal, y que por los paquetes ferroviarios se han abierto a la competencia en la UE.

⁵²⁸ Por ejemplo, al añadir más vagones a una sola locomotora se transporta más carga casi al mismo coste.

⁵²⁹ La industria ferroviaria muestra economías de escala del lado de la oferta, en pág. 159 de AHLBORN, C., EVANS, D.S., y PADILLA, A.J.: "Competition Policy in the New Economy: is European Competition Law up to the challenge?", *ECLR*, 2001, n° 5, pp. 156-167.

objetivos se dé prioridad los gobiernos regularan el mercado para que se estructure en forma de oligopolio o monopolio. No hemos de olvidar que la misma estructura ferroviaria ha estado tradicionalmente protegida por el Estado en forma de monopolio legal, sirviendo a objetivos políticos de protección del mercado nacional más que a criterios económicos de eficiencia competitiva. Con ello volvemos a un aspecto que hemos tratado con anterioridad, referente a que el ordenamiento comunitario antitrust pretende reservar el suficiente grado de indeterminación y flexibilidad en su construcción y redacción, con el fin de permitir a los órganos encargados de la defensa de la competencia decidir a la vista de la política económica de cada momento y de las circunstancias políticas, que bien jurídico debe ser atendido⁵³⁰.

3) *Efectos de red del lado de la demanda.* Los mercados de red son aquellos en que cuanto más usuarios hay, más satisfecho se encuentra cada usuario. Los efectos de red, que se darían por ejemplo en una red de distribución y venta establecida (como en el sector farmacéutico), una red de telefonía, internet o en la red ferroviaria, (redes difíciles de duplicar por los competidores)⁵³¹, pueden dar al operador de la red una ventaja duradera sobre sus rivales más pequeños que hace que la demanda se incline a favor del dominante por la simple razón de haber sido la primera empresa que ha entrado en el mercado y se ha hecho con los clientes. Aun así, estos mercados pueden estar sujetos a presiones competitivas a largo plazo ya que los competidores tratan de reemplazar al dominante por medio de los avances tecnológicos, -se trata de competencia por dominar el mercado, más que de competencia en el mercado-.

Por otro lado, medidas regulatorias que compelan a la empresa dominante a la interconexión, interoperabilidad y conectividad, pueden aliviar la dominancia impidiendo que el dominante prolongue su ventaja a través del cierre del mercado o de la infraestructura a competidores potenciales. Así, en el sector ferroviario

⁵³⁰ Son tres cuestiones dentro del Derecho de la competencia las que sientan los principios políticos, jurídicos o económicos que pretenden imponerse en cada momento:

- La determinación de las funciones de la competencia que se quiere proteger y promover;
- El orden en que se protegerán estas funciones en caso de conflicto entre ellas;
- La definición de la competencia como un fin en sí mismo o como un mero instrumento.

⁵³¹ Las industrias de red no son necesariamente aquellas con una red fija, pero siempre constituyen monopolios naturales, en KORAH, V.: *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Octava edición, Hart Publishing, Oxford, 2004, pág. 20, apartado 1.3.3.2.3.

hemos visto en el capítulo I las Directivas sobre interoperabilidad de la red convencional y también de la red de alta velocidad⁵³².

- Barreras creadas por las empresas o estratégicas. Son creadas a propósito por la misma empresa que las disfruta. Así constituirían barreras de este tipo la expansión previa a la entrada de nuevas empresas o la inversión excesiva para incrementar la capacidad de producción, en publicidad o en investigación y desarrollo, la dificultad de acceso a los canales de distribución, de manera tal que crea en la mente de los nuevos entrantes la expectativa lógica de que la entrada en el mercado estará sujeta a una respuesta fuertemente competitiva por parte de la dominante que los disuade de realizarla. Los monopolios tienen el poder de crear este tipo de barreras estratégicas.

En este sentido, AGUADO, T. y RUIZ, A.⁵³³ escriben que *en los procesos de liberalización, tales como el que se está desarrollando para el Sector Ferroviario*

⁵³² Véase en pág. 46 del primer capítulo la Directiva 96/48/CE *relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad* y la Directiva 2001/16/CE *relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional*.

⁵³³ AGUADO, T. y RUIZ, A.: *El nuevo sector ferroviario y la competencia: detección de barreras a la entrada*, Adjudicación de ayudas a la investigación-XXIII convocatoria 2004, orden FOM/2844/2004, de 30 de julio (BOE 27/11/2004), los cuales, además en las pp. 25 a 30, clasifican las barreras de entrada en el sector ferroviario español del siguiente modo: -las barreras legislativas, siendo la incertidumbre legislativa la principal barrera de entrada por la existencia de una legislación incompleta y un alto grado de indefinición, lo que causa a su vez un mayor periodo de liberalización, mayores necesidades financieras para los nuevos entrantes, mayores tensiones con la empresa establecida y el que algunas empresas que pretendían ampliar sus negocios se concentren en los servicios que ya tenían especialmente con Renfe Operadora; -las barreras estructurales: la adjudicación de los surcos mantiene la prioridad del transporte de viajeros en toda la red de interés general, la independencia del regulador ferroviario es clave para la introducción de competencia, para prevenir la intervención del antiguo operador o una excesiva protección del mismo por parte de los organismos públicos. La definición de un regulador que sea débil permite que se capture por algún grupo de poder, en especial por el operador establecido y su vinculación con las políticas gubernamentales, lo que genera falta de transparencia en el marco regulador, y por tanto, una desconfianza en la estructura organizativa del sistema, a lo que no ayuda que se incluya en la estructura del Ministerio de Fomento al regulador de la misma forma que a ADIF y a Renfe Operadora. La regulación nacional desarrollada protege a la empresa establecida Renfe Operadora, que cuenta con importantes ventajas procedentes de: la asignación de surcos, la habilitación de los maquinistas y el material rodante, los centros de formación, los talleres de mantenimiento, las inversiones en material rodante y el acceso directo a las terminales de mercancías. Prácticamente todo lo necesario para poner en marcha un tren. Por ejemplo, respecto a la formación de personal para la conducción estima Renfe que se requiere de un año y medio para la formación de un maquinista, cuando además las habilitaciones de personal son asignadas a la empresa y no a los conductores, lo que dificulta la libre contratación de maquinistas, sin olvidar que hasta hace poco el único personal de conducción existente era de Renfe. Otra ventaja es la pertenencia a asociaciones internacionales por parte de Renfe Operadora, donde se comparte información necesaria para la toma de decisiones a todos los niveles y especialmente el estratégico; -barreras de carácter económico, como las formas de financiación del material rodante, y las relacionadas con la experiencia, conocimiento del negocio

Español, las empresas establecidas, como el caso de RENFE Operadora, pueden generar estrategias de barrera de entrada como elementos de protección ante nuevas empresas entrantes.

Una interesante variedad de las barreras estratégicas podría constituir la las ineficiencias de una empresa dominante, entendidas como barrera de entrada. Se dan especialmente en el caso de monopolios naturales, legales⁵³⁴ y situaciones aisladas de dependencia económica o posiciones de dominio relativas⁵³⁵, al no estar sometidos a las presiones competitivas de los competidores residuales o potenciales que ven cerrada la entrada a dicho mercado por dichas barreras legales o naturales.

La cuestión es que dichos monopolios pueden permitirse ciertas ineficiencias menores o marginales lesivas que, calculadas en el nivel adecuado para no incentivar la entrada de nuevos competidores, pueden constituir un abuso. Así, entre la exigencia del mejor precio posible y el nivel de precio que incentive la entrada de nuevos competidores, puede haber un margen que permita a la empresa dominante ciertas ineficiencias menores o marginales lesivas, que calculadas en el nivel que desincentiva la entrada de nuevos competidores al mercado, pueden constituir un abuso o pequeños abusos continuados, e incluso provocar un cierre de mercado. En estos casos, lo que se exigiría no es la máxima eficiencia, sino sólo suprimir las ineficiencias marginales o menores que perjudican injustificadamente a otros agentes, que de otro modo, podrían entrar generando una eficiencia superior a la de la empresa dominante, especialmente cuando necesitan el acceso a un recurso o infraestructura esencial para poder desarrollar su propia actividad económica en un mercado relacionado.

Esto es así porque el abuso no es tan obvio en el caso de los monopolios naturales cuando están protegidos por barreras físicas difícilmente salvables, que lo constituyen en un recurso esencial.

y la formación específica de los empleados, ámbitos en los que, como hemos visto, Renfe Operadora cuenta con una ventaja arrolladora.

⁵³⁴ Sin barreras de entrada que cierren el mercado, sólo podrá mantener su existencia un monopolio si es eficiente y consecuentemente, proporciona al consumidor calidad y precio competitivo. Sin barreras de entrada únicamente perduraran los monopolios que no obtengan rentas extraordinarias de su posición privilegiada porque, en otro caso, nuevas empresas entrarían en el mercado atraídas por los beneficios hasta empujar el precio a un nivel competitivo. En suma, sólo perduran los monopolios dañinos cuando el Estado los protege.

⁵³⁵ A la posición de dominio relativa dedicamos el siguiente epígrafe 4 en este capítulo.

D) Poder de negociación de la demanda⁵³⁶

De menor interés en nuestro análisis, se centra en la presión competitiva por parte de los clientes o compradores, especialmente si éstos cuentan con una importante capacidad de negociación⁵³⁷.

Por lo visto hasta ahora, podemos concluir que en los mercados dinámicos actuales se deben analizar especialmente los siguientes aspectos como indicadores de una posición de dominio en un recurso esencial:

- a) que el mercado relevante en que se identifica una posible posición dominante se encuentre protegido por barreras a la entrada;
- b) dado que, con frecuencia, las barreras a la entrada son una cuestión de grado, que aún habiendo barreras, no haya una competencia potencial capaz de superar esas barreras;
- c) falta de capacidad de reacción de los competidores o escasez de recursos alternativos a los que recurrir como consecuencia de la reducción de la oferta por parte de la empresa dominante (falta de sustituibilidad en el lado de la oferta);

⁵³⁶ Se analiza la posición de mercado de los compradores o clientes intermedios. Cuando se da la dominancia de una empresa (productora o suministradora) es porque existen pocos sustitutos a los que los compradores (o demanda) puedan acudir. Por ello, dice KORAH, V. en *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Octava edición, Hart Publishing, Oxford, 2004, pág. 17, apartado 1.3.3. “El poder de mercado presupone que hay barreras a la entrada en el lado de la oferta que evita que nuevas empresas entren en un mercado rentable en una escala suficiente mientras los precios están subiendo y que pocas empresas pueden superarlas.” Por tanto, el poder de negociación de la demanda es precisamente lo contrario, los clientes o compradores tienen sustitutos, reales o potenciales, a los que acudir, no hay barreras a la entrada en el lado de la oferta: es decir, la demanda, debido a su tamaño o su importancia comercial, puede cambiar rápidamente a otros proveedores competidores, o promover nuevas entradas de proveedores en el mercado, o desarrollar el negocio por sí misma.

⁵³⁷ De este modo, si la empresa dominante pretende subir los precios por encima del nivel competitivo, el cliente (la demanda), debido a su tamaño o su importancia comercial, puede cambiar rápidamente a proveedores competidores, o promover nuevas entradas de proveedores en el mercado, o desarrollar el negocio el mismo constituyéndose a la vez en cliente y proveedor (integración vertical), por lo que disuadiría o impediría cualquier intento de la empresa dominante de subir los precios. Ahora bien, para poder tenerse en cuenta dicho poder de negociación en el análisis de la posición de dominio, dicha demanda no sólo debe protegerse a sí misma del poder de la empresa dominante, sino que debe proteger el mercado en general o tener dicho efecto o resultado en dicho mercado.

4. DEPENDENCIA ECONOMICA O POSICION DE DOMINIO RELATIVA⁵³⁸

Las situaciones de dependencia económica centran su atención en la posición del comprador o cliente que depende de un vínculo comercial para su supervivencia, al no encontrar alternativas equivalentes para su actividad. Siempre implica una posición ventajosa o de poder de la empresa dominante frente a su cliente. No se trata de una posición de dominio absoluta que afecta a un mercado en general, sino que es una posición de dominio relativa, es decir, únicamente se centra en un cliente o unos pocos clientes⁵³⁹.

Hacen referencia, por tanto, estas situaciones a una relación vertical entre el suministrador (o proveedor) y el cliente intermedio (o comprador). La relación es de separación vertical porque los agentes no están en el mismo plano de mercado; a diferencia de los competidores que compiten entre sí en un mismo estadio de la cadena de producción o comercialización respecto a unos productos homogéneos, en donde, por tanto, la relación es horizontal.

Ahora bien, cuando el proveedor es a su vez competidor del cliente al desarrollar también su actividad en ese mismo estadio de la cadena de producción o comercialización (es decir, la empresa dominante actuará en el plano vertical como proveedor y en el plano horizontal como competidor), la relación es, entonces, de integración vertical.

Esta estructura de integración vertical es la que se refleja en la definición tradicional para la aplicación de la EFD/DRE, con la salvedad de que la teoría de la posición de dominio relativa se centra en uno o unos pocos clientes, lo que determina que los abusos en estas situaciones sean explotativos y no abusos excluyentes, ya que en estos últimos lo que se pretende es proteger la competencia en general, es decir, la estructura competitiva del mercado considerado en toda su generalidad. Sin embargo, no excluimos que la EFD/DRE pueda aplicarse también a las estructuras de separación vertical, lo que trataremos de demostrar a lo largo de los capítulos IV y V de este trabajo. Y que asimismo en sede de abusos explotativos, también pueda aplicarse esta doctrina, siempre que estemos ante un recurso esencial, a las posiciones de dominio relativas.

⁵³⁸ También llamada “Teoría del contratante obligatorio”.

⁵³⁹ Se vuelve a tratar esta figura más adelante, al final del siguiente epígrafe 5, con ocasión de los abusos explotativos.

El vínculo de dependencia puede darse como consecuencia de circunstancias ajenas a las partes, como en un monopolio legal, por una crisis económica o de abastecimiento de un determinado producto, debido al control de instalaciones esenciales para el suministro de bienes o servicios en otro mercado o que por la posición privilegiada de la empresa dominante se constituyan en recursos esenciales para la empresa dependiente, en este punto enlazando con la EFD/DRE⁵⁴⁰. Y también puede darse como consecuencia de las circunstancias de las propias empresas dependientes, como las derivadas de relaciones comerciales de larga duración, la necesidad de amortizar las inversiones realizadas, la dificultad de encontrar a otro contratante o de acudir a otros métodos de fabricación, etc.

Cierto es que los avances en la tecnología y las comunicaciones están afectando a la estructura organizativa de los mercados, de tal modo que han conducido a una tendencia a la separación de las relaciones verticales entre empresas, es decir, a una descentralización de sus actividades económicas (teniendo que contratar a otras empresas determinados servicios), lo que es más fácil que provoque abusos de posición dominante respecto a pequeñas empresas compradoras o suministradoras, como pone de manifiesto muy acertadamente CABRILLO⁵⁴¹. Sin embargo, este tipo de abusos explotativos escapan del control del Derecho de la Competencia de la UE, cuyo fin es la protección de la competencia de un mercado en general y no la protección de los

⁵⁴⁰ Algunas situaciones de dependencia económica se dan como consecuencia de la esencialidad de un recurso, aplicándose entonces la EFD por tratarse de un recurso esencial, sobre todo si hay un sector de la demanda con una especial necesidad del producto. En tal caso, habría que valorar si se está afectando a la estructura competitiva de un mercado o se trata únicamente de una situación de dependencia económica o de posición de dominio relativa. La Comisión tenderá a centrar el mercado relevante sobre el bien o instalación esencial para la actividad en otro mercado y definir así una posición de dominio absoluta sobre el mercado del recurso básico. Ahora bien, la existencia de un recurso esencial siempre englobará una situación de dependencia económica por regular relaciones verticales.

⁵⁴¹ Citamos a CABRILLO, F.: “Objetivos de una política de defensa de la competencia”, en S. Martínez Lage y J. Amadeo Petitbó (Dir.) *La modernización del Derecho de la Competencia en España y la UE*, ed. Colección Derecho, Madrid, 2005, págs. 29 y 30: *Gracias a los avances tecnológicos y de producción actuales, la existencia de elevados costes de organización y funcionamiento interno en las grandes empresas ha llevado en la práctica a una mayor descentralización de muchas actividades en el área de la producción y distribución. Los costes de las transacciones en el mercado pueden ser, en muchos casos, menores que los de mantener una estructura jerárquica, lo que ha llevado a distanciarnos de las tendencias centralizadoras. Esta realidad implica, para el Derecho de defensa de la competencia, que surjan nuevos problemas de integración vertical, y posibles abusos de posición dominante con pequeñas empresas suministradoras o distribuidoras. Los economistas han hecho en este campo aportaciones importantes al llamar la atención sobre la racionalidad de muchas cláusulas incluidas en contratos de esta naturaleza, que podrían ser consideradas como conductas indicativas de un abuso de dominio por parte de las empresas más fuertes.*

competidores en particular. También escaparía del control de la EFD/DRE en su configuración original o tradicional, puesto que se centra en el posible conflicto de intereses que una compañía integrada verticalmente puede tener a la hora de competir con sus rivales en el mercado relacionado en el que también actúa al tratar de “proteger” sus propios intereses comerciales. Ahora bien, nada impide que también se aplique la EFD/DRE ante empresas monopolistas que aunque separadas verticalmente (muchas veces por imposición regulatoria en el proceso de liberalización del mercado) tiendan a cometer este tipo de abusos explotativos por su posición privilegiada, y como consecuencia, determinando como esenciales para esas empresas intermedias los recursos o el *input* necesario e indispensable para poder desarrollar su propia actividad comercial⁵⁴².

Respecto al método de valoración de la posición de dominio relativa, en estos casos de dependencia económica no parece necesaria la previa y tradicional definición del mercado relevante y consecuente método de averiguación del grado de concentración (cuota de mercado, modo de organizarse el mercado, etc.) del mismo, ya que el poder de dominio deriva de esa especial y determinada relación de dependencia del cliente que sufre el abuso, es decir, de la propia relación vertical en que se encuentran los agentes económicos. Si en la determinación de una posición de dominio es una condición previa inexcusable la definición del mercado relevante (es decir, basada en el método estructuralista que han usado tradicionalmente las autoridades comunitarias) a la que debe referirse después la evaluación del poder de monopolio, en los supuestos de dependencia económica, sin embargo, parece más acertado definir el mercado relevante en función de la posición de dominio que se pretende determinar.

Ahora bien, este método propuesto choca con el argumento de que el objetivo del art. 102 no está en proteger al competidor, sino a la competencia. Lógicamente, se deduce que el Derecho de la Competencia regirá las relaciones horizontales entre competidores y aquellas verticales en las que la empresa actúe en varios planos de la cadena de producción o distribución como competidor, excluyendo las situaciones de dependencia económica, que pasaran a formar parte de la legislación nacional sobre prácticas

⁵⁴² Véase la Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, en el asunto *United Brands Company y United Brands Continentaal BV c/ Comisión de las Comunidades Europeas*, (Rec. 1978 pág. 207), en que después de largas relaciones comerciales con *Olesen* (un comprador y distribuidor danés de plátanos) UB dejó de suministrarle la fruta (plátanos) en razón de que *Olesen* también distribuía fruta de uno de los rivales de UB, lo que además de constituir un abuso excluyente por los efectos anticompetitivos y de cierre de mercado que se produjeron, constituía también un abuso explotativo.

desleales o incluso derecho de los consumidores, muchas veces en forma de abusos explotativos, porque estas situaciones no afectan a la competencia y al proceso competitivo en general de un mercado ni constituyen prácticas exclusionarias.

En el fondo, depende una vez más de la concepción última que se tenga del Derecho de la Competencia y la prioridad de sus objetivos. Si se pretende la atomicidad del mercado defendiendo a la pequeña y mediana empresa, (protegiéndose al competidor), entonces se acoge expresamente la figura de la dependencia económica en la legislación⁵⁴³ o, si se dejan fuera estas situaciones porque lo que se pretende es la eficiencia como criterio de evaluación de las situaciones de competencia, en donde serán las empresas más eficientes las que persistirán en el mercado⁵⁴⁴, protegiéndose, por tanto, la estructura competitiva del mercado.

Una figura muy relacionada con la dependencia económica, de la que debe distinguirse, es la de los “mercados conexos”⁵⁴⁵. Se trata de prácticas en que la empresa dominante se propone extender su dominio a otro mercado conexo o reforzar dicha posición de dominio en el mercado en que es dominante a través de actuaciones en un mercado conexo. Es, por ello, que puedan entenderse estas conductas como *monopolización o intento de monopolización* de un mercado conexo (en la terminología americana).

Es una figura de especial relevancia cuando una empresa controla un recurso esencial que otras necesitan para desarrollar sus actividades en otros mercados, ya que abre la

⁵⁴³ La legislación de competencia comunitaria no acoge esta figura. Sí se acoge en el Derecho alemán y francés, así como en el español, concretamente a través del art. 6.2 c) de la anterior Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, al enunciar como supuesto de abuso la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o prestación de servicios. Ahora en el art. 2.2 c) de la vigente Ley 15/2007.

⁵⁴⁴ La doctrina dominante reciente parece decantarse a favor de un enfoque puramente competitivo del Derecho de la Competencia, en el que sólo se busca proteger al mercado y al proceso competitivo en sí, en detrimento de otras posiciones que estarían igualmente justificadas basadas en criterios sociales, es decir, “corrompidas” por objetivos que pueden ser muy recomendables, pero que no conciernen al Derecho de la competencia en opinión de este autor. Aunque el Derecho de la competencia deba ser en sentido estricto ajeno a las situaciones de dependencia económica, puede que las mismas, sin embargo, afecten a la competencia general en el mercado, especialmente porque es a menudo en las relaciones verticales donde se restringe la competencia, a pesar de que la intensidad de la competencia solo deba ser medida en un nivel horizontal entre compañías competidoras en el mismo nivel del mercado relevante. BOY, L.: “Abuse of market power: controlling dominance or protecting competition?”, en Ullrich, H. (dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, Ascola (Academic Society for Competition Law), Munich, 2006, pág. 219.

⁵⁴⁵ Véase DIEZ ESTELLA, F.: “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del ‘monopoly leveraging’ a las ‘essential facilities’” en *Revista de Derecho Mercantil*, 2003, n° 248, pp. 555-604.

posibilidad de usar el poder que genera la dependencia para incidir sobre dichos mercados. Ello ha dado lugar a que la EFD/DRE aparezca implícita y frecuentemente confundida con supuestos de mercados vinculados o conexos⁵⁴⁶.

5. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO⁵⁴⁷

5.1. Concepto

En el tradicional método de análisis del art. 102 TFUE, determinada la posición de dominio en el mercado de referencia, el siguiente paso es analizar la conducta llevada a cabo por la empresa para determinar si la misma se considera abusiva o no. Tampoco el art. 102 TFUE define explícitamente el concepto de abuso, el cual se ha ido modulando, como la posición de dominio, a través de la Jurisprudencia.

El concepto de abuso que da el TJCE es un concepto objetivo relativo al comportamiento de una empresa dominante, tal que influye en la estructura de un mercado, donde por la misma posición de dominio las condiciones de competencia en el mercado se encuentran debilitadas, y al recurrir a prácticas distintas a las que suelen considerarse como habituales en el mercado, se produce el efecto de entorpecer el mantenimiento del grado

⁵⁴⁶ PELLISE CAPELL, J.: “Mercado relevante, Posición de Dominio y otras cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC”, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 158.

⁵⁴⁷ En relación al abuso de la posición de dominio véase la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2009 Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (DO C 45 de 24/02/2009, pp. 7-20). También PEEPERKORN, L.: “Commission publishes discussion paper on abuse of dominance” en *Competition Policy Newsletter*, 2006, n° 1. OCDE: “Guidance to business on monopolisation and abuse of dominance”, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, *DAP/COMP (2007) 43*, 17 jun. 2008. PELLISE CAPELL, J.: *Mercado relevante, Posición de Dominio y otras cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: “La prohibición del abuso de posición dominante”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.) *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 95-120. PASCUAL Y VICENTE, J.: “El abuso de posición dominante” en *Revista de Derecho Mercantil*, 2002, n° 245, jul-sept., pp. 1291-1364. BEHRENS, P.: “Comment: controlling dominance or protecting competition: from individual abuses to responsibility for competition”, en H. Ullrich (Dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, ed. Ascola (Academic Society for Competition Law), Munich, 2006. EILMANSBERGER, T.: “How to distinguish good from bad competition under art. 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anticompetitive abuses”, *CMLR*, 2005, n° 42 (1), febrero, pp. 129-177. JONES, A. y SUFRIN, B.: *EU competition law: text, cases, and materials*, OUP, 2010. EZRACHI, A.: *EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oxon (UK), 2008.

de competencia todavía existente en el mercado o el crecimiento de esa competencia⁵⁴⁸,
549.

El abuso, que exige el tipo del art. 102 TFUE, únicamente puede realizarse desde una posición de dominio. No existirá abuso si no se realiza desde una posición de dominio⁵⁵⁰. En consecuencia, las exigencias en cuanto al comportamiento de las empresas dominantes son más estrictas que respecto de aquellas empresas que no lo son, de modo que comportamientos perfectamente aceptables para éstas no lo serán para aquéllas⁵⁵¹.

De este modo, la posición de dominio es un presupuesto necesario para que se produzca una explotación abusiva, pero no suficiente, es decir, se han de dar una serie de elementos que vemos a continuación.

5.2. Elementos

⁵⁴⁸ Donde primero se recoge esta definición es en la sentencia de 1979 del asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Comisión*, (Rec. 1979, pp. 461 y ss) en su párrafo 91. Sin embargo, esta definición se da en el contexto de los abusos anticompetitivos (uno de los dos tipos de abuso).

⁵⁴⁹ Siguiendo a PRIETO KESSLER, E. en “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, *Gaceta Jurídica* n° 205, enero-febrero 2000, pág. 31, se puede definir como “el comportamiento de una o varias empresas que, utilizando el poder que la posición de dominio confiere (relación de causalidad entre la posición dominante y su explotación abusiva) o independientemente de que el resultado haya requerido el despliegue de poder de la empresa (noción objetiva y no causal), produce un efecto directo sobre otras empresas y los consumidores, o un perjuicio indirecto al influir en la estructura de mercado y de la competencia y eliminar u obstaculizar el mantenimiento de la competencia existente o su intensificación”. Se trata de dos tipos diferentes de efectos: un efecto directo sobre los otros agentes del mercado, ya sean competidores o clientes y consumidores, y, un efecto indirecto sobre la estructura del mercado y por tanto, del proceso de competencia en sí. Si bien este segundo efecto indirecto bastaría para determinar el abuso, sin embargo, respecto al efecto directo éste no se dará en la realidad sin el segundo, ya que no existen abusos que recaigan únicamente sobre los consumidores sin afectar a la competencia en general. Esta definición basada en los efectos conduce a los dos tipos de abuso establecidos, es decir, abusos excluyentes y explotativos.

⁵⁵⁰ De ahí que a las empresas que ostentan una posición de dominio se les exija una mayor responsabilidad cuando actúan en el mercado, es decir, están más cerca de cometer un abuso que una empresa que no ostente posición de dominio, por tanto deben ser más cuidadosos con su conducta. Recordemos que el comportamiento abusivo de empresas no dominantes no es objeto del art. 102 TFUE.

⁵⁵¹ La responsabilidad cualificada de la empresa dominante se estableció por el TJCE por primera vez en su sentencia *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission of the European Communities*, de 9 de noviembre 1983, asunto 322/81, (Rec. 1983 pág. 3461), párr. 57, como sigue: “A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”

En general, dentro de la práctica comunitaria, el abuso consiste en⁵⁵²:

- Partiendo de una posición de dominio, el uso de dicha posición para obtener ventajas⁵⁵³ que no se hubieran podido obtener de haber habido una competencia efectiva.
- Manifestándose en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, sus proveedores y sus clientes⁵⁵⁴.
- Un perjuicio o daño injustificados, siempre que no medie justa causa que justifique dicho comportamiento, como la realización de una mayor eficiencia económica o del interés económico general o fiscal encomendado.
- Constituyéndose objetivamente, como un comportamiento culpable respecto a los objetivos del Tratado y, por tanto, asimismo obstaculizando la competencia efectiva en el mercado interior.

Por tanto, no está prohibida la explotación razonable y leal de una posición de dominio, aprovechando una ventaja que conlleva esa posición de dominio, mientras no concurra un beneficio injustificado en perjuicio de los otros agentes del mercado. Únicamente la explotación abusiva está prohibida, es decir, para obtener ventajas no justificadas, en perjuicio de los otros partícipes del mercado, que no hubiera podido obtener la empresa dominante de haber existido una competencia efectiva.

La conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva. Ha de valorarse si la conducta era objetivamente necesaria para la defensa de sus intereses comerciales⁵⁵⁵ o resulta en una mayor eficiencia económica general que beneficia al mercado y a los consumidores, es decir, si la empresa obró del mismo modo a como lo habría hecho en una situación de competencia normal o si empleó medios desproporcionados para defenderse de las prácticas de sus competidores⁵⁵⁶.

⁵⁵² Se recogen en el *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común* de 1 de diciembre de 1965.

⁵⁵³ No es necesaria la consumación u obtención efectiva de la ventaja, basta la mera idoneidad del acto para alcanzarla, cualquiera que sea la voluntad del actor.

⁵⁵⁴ El abuso es un acto apto para causar un daño o perjuicio económico a los agentes del mercado. No es necesario que el daño sea actual y efectivo, basta con que la conducta sea objetivamente adecuada para causarlo.

⁵⁵⁵ Lo que se denomina “Meeting Competition Defence”.

⁵⁵⁶ Aunque volveremos sobre este tema en el capítulo IV, es importante consultar al respecto la Comunicación de la Comisión *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (DO C 45 de 24/02/2009, pp. 7 -20), concretamente la “Necesidad objetiva y eficiencias” en los párr. 28 a 31.

Una vez más hemos de recordar que no es consecuente con el sistema establecido por los art. 101, 102 y 106 del TFUE exigir que la libertad económica de una empresa sea limitada por detentar una posición de dominio o un monopolio, sobre todo, teniendo en cuenta que, además, se le exige una especial responsabilidad cualificada. Entonces, ¿como diferenciar la explotación lícita de su posición de dominio por parte de una empresa de una explotación abusiva?

Para contestar a esta pregunta, usamos dos criterios de valoración de la conducta abusiva:

1) Criterio objetivo: los rasgos objetivos del acto en relación a sus resultados

La valoración de las conductas de la empresa dominante se hará de forma objetiva, es decir, que su carácter abusivo no se desprenderá de la intención del autor, sino de los rasgos objetivos del acto en atención a sus resultados. Cuando el comportamiento de la empresa constituye objetivamente un comportamiento culpable, siendo la intención del autor irrelevante (aunque dicha intención se entiende implícita en los rasgos objetivos del acto), y por ello, la empresa recurre a medios diferentes de los que rigen una competencia normal sobre la base de las transacciones y prácticas comerciales de los operadores.

No se requiere una relación de causalidad entre la posición dominante y el abuso, no es preciso acreditar que se produjo como resultado del poder económico que ostenta. Se amplían así los supuestos que pueden constituir un abuso, no quedando circunscritos a los subjetivos o causales, lo que supone que una determinada conducta pueda considerarse normal para una empresa no dominante y prohibida para una empresa dominante. Por tanto, de la concepción objetiva del abuso se deriva necesariamente la exigencia de una especial responsabilidad de la empresa dominante.

2) Criterio referencial: las circunstancias concurrentes

La ilegitimidad de la conducta no se desprende de la conducta en sí misma, sino que dada una posición de dominio, unida a un conjunto de circunstancias concurrentes, determinan el resultado de la conducta, y con ello, su carácter abusivo. Así por ejemplo,

la existencia de efectos de red o de economías de escala y/o alcance. Asimismo el grado de dominación en el mercado de la empresa también será un factor relevante.

5.3. Clasificación

Se pueden clasificar los abusos en dos grandes tipos: anticompetitivos o excluyentes y explotativos o discriminatorios, que vamos a examinar a continuación. La Comisión, por el momento, en el ámbito de aplicación comunitario sólo se ha centrado en los primeros⁵⁵⁷. En efecto, son los abusos anticompetitivos o excluyentes los que han

⁵⁵⁷ La Comisión solo ha recogido hasta ahora los abusos anticompetitivos o excluyentes. Así lo dice en su *'DG Competition discussion paper on the application of art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses'* de diciembre de 2005, en su párrafo 3, indicando que en el enfoque analítico que pretende deja fuera la importante categoría de abusos explotativos o discriminatorios (los anticompetitivos o excluyentes que son los únicos que trata el documento). Lo que queda confirmado en la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2009 (más breve que el anterior documento), relativa a las *'Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes'*, C(2009) 864 final, en sus párrafos 2 y 7, en donde dice que “se pretende aportar una mayor claridad y previsibilidad al marco general analítico que la Comisión utiliza para determinar si debe intervenir en los asuntos referentes a distintas formas de conducta excluyente...” y “la Comisión se limita en esta fase a la conducta excluyente...”. Asimismo centrándonos en el ámbito jurisprudencial, recojo las palabras de PELLISE CAPELL, J.: “Mercado relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC”, Aranzadi, Navarra, 2002, nota al pie 452: “Evidentemente sería más de desear para la seguridad jurídica la realización de una doctrina jurisprudencial más decidida, que, abordando los distintos aspectos del abuso explotativo, contribuyera a la completa tipificación de esta figura”. En efecto, este autor realiza una clasificación pedagógica, respecto a la cual advierte que los tipos expuestos son casos extremos, “de laboratorio”, definidos con el objeto de clarificar. Son: 1) *Explotativos o desleales puros*. Se trata de una lesión directa a los intereses no concurrenciales de clientes y proveedores, sin afectar a la estructura de competencia. Es una interpretación restrictiva, que conduce a la reglamentación o planificación económica para proteger a los agentes del mercado, que no se centra tanto en la protección de la competencia estructural como en la protección directa de los clientes y proveedores prohibiendo las conductas injustificadas de la empresa dominante que los lesionan directamente. La tesis restrictiva tiene todo su sentido en los casos de monopolios naturales, que por su indispensabilidad se constituyen en recursos esenciales. La crítica doctrinal de admitir exclusivamente la tesis restrictiva es que acabaría por desincentivarse la mayor eficiencia de las empresas en posición de dominio, ya que por vía de reglamentación se protegería a clientes y proveedores, por lo que la empresa dominante no se molestaría en tratar de ser eficiente debido a la protección que se dispensa a los otros operadores del mercado, y así no podrían constituirse monopolios naturales de escala de eficiencia mínima. Son ejemplos de este tipo de abusos: -Abuso por fijación de precios inequitativos, excesivamente altos o excesivamente bajos (art. 102-2, a) TFUE); -Abuso por condiciones inequitativas, onerosas y no razonables, impuestas a sus clientes y proveedores, por la vía de contratos de adhesión o simplemente por la vía de hecho; -Abuso por contratos ligados o anudados (art. 102-2, d); -Abuso por discriminación (art. 102-2, c); -Abuso de derechos de propiedad industrial e intelectual. Respecto a éstos, HERNANDEZ RODRIGUEZ en “Documento de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 del Tratado a determinados abusos anticompetitivos (abusos exclusionarios)”, *Actas de Derecho Industrial Derecho de Autor*, Tomo XXVI, 2005-2006, pág. 485, dice que “entre la lista de ejemplos que contiene el art. 102 predominan los abusos de explotación”

alcanzado una mayor relevancia en la práctica. Como ya hemos visto, el objetivo del art. 102 TFUE es la protección de la competencia como un medio para lograr la eficiente distribución de los recursos, y con ello, la mejora del bienestar del consumidor. Si se da una posición dominante en un mercado es porque el grado de competencia está debilitado en cierto modo, y por ello, se exige a la empresa dominante en sus actuaciones un deber cualificado de comportamiento acorde con la competencia. Esta es la razón, como pone de manifiesto HERNANDEZ RODRIGUEZ⁵⁵⁸, de que la Comisión se centre en las conductas potencialmente más peligrosas para el Derecho de la Competencia, lo que “supone un paso más en el progresivo acercamiento del abuso de posición dominante al concepto estadounidense de monopolización”⁵⁵⁹, y dejando para un futuro el método de análisis de los abusos explotativos.

A) Abusos anticompetitivos o excluyentes (exclusionary abuses)

A.1) Concepto y Clasificación

Son en este tipo de abusos donde más se refleja la defensa estructural del sistema de libre competencia querido por los Tratados y reflejado en el art. 3.1,b) TFUE. Se trata de

2) El siguiente tipo de abuso lo constituyen los *abusos anticompetitivos o exclusionarios*. Generan efectos anticompetitivos en el mercado, por tanto, respecto a los competidores (interpretación extensiva). Se centra en la protección de la competencia estructural y los intereses concurrenciales de los competidores directos de la empresa dominante. Por tanto, controla las prácticas abusivas restrictivas de la competencia, aquellas orientadas a eliminar la competencia. El ejemplo más claro el art. 102, b) cuando se limita la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. 3) Los abusos más acordes con la realidad de los mercados son los *explotativos mixtos o anticompetitivos*: lesionan directamente la posición concurrencial de clientes y proveedores, alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivas fuerzas de mercado. Por ello, los intereses de los clientes y proveedores son protegidos indirectamente a través de la salvaguarda de la competencia residual o potencial de la empresa dominante (para que no tengan los clientes y proveedores que depender exclusivamente del dominante). Serían ejemplo todos los anteriores siempre que se afecte además a la estructura competitiva de ese mercado.

Véase, además, al respecto, TEMPLE LANG, J. y O'DONOGHUE, R.: “The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, Global Competition Law Centre, College of Europe, Brujas, Julio 2005, pp. 38-64.

⁵⁵⁸ HERNANDEZ RODRIGUEZ, F.: “Documento de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 del Tratado a determinados abusos anticompetitivos (abusos exclusionarios)”, *Actas de Derecho Industrial Derecho de Autor*, Tomo XXVI, 2005-2006, pp. 486.

⁵⁵⁹ Esto es fácil de entender si nos centramos en los comportamientos capaces de afectar a la estructura competitiva de un mercado, lógicamente las empresas con más poder serán el punto de mira, y con ello, sus intenciones expansionistas o de monopolización. El Derecho USA tampoco se centra en el perjuicio a los competidores particulares en sí mismo considerados, como vimos al principio del capítulo, incluso todavía con menor intensidad que el Derecho UE, por lo que se deduce que dentro de sus objetivos esté el castigo de las conductas de monopolización o intento de monopolización.

evitar que la conducta anticompetitiva limite las últimas presiones competitivas que aún se ejercen sobre la empresa dominante, incluyendo la entrada actual y potencial de nuevos agentes o empresas, con el fin último de evitar el perjuicio a los consumidores. Lo que indica que lo que se pretende proteger es la competencia como tal, y no a los competidores en particular.

La principal preocupación del art. 102 TFUE respecto a este tipo de conductas es, por tanto, el cierre de mercado por exclusión que dificulta la competencia y que, consecuentemente, es lesivo para los consumidores. Por cierre de mercado se entiende la imposibilidad parcial o total de acceso rentable al mercado por los competidores actuales o potenciales. El cierre de mercado desmotiva la entrada o expansión de los rivales o los empuja a salir de dicho mercado⁵⁶⁰, es decir, este tipo de abusos contribuyen a excluir del mercado a sus operadores, de ahí, que también se les denomine *abusos excluyentes*.

Es obvio que una conducta excluyente no es una conducta basada en los propios méritos de la empresa, claramente no crea ninguna eficiencia y únicamente obstaculiza la competencia aún existente, por lo que se presume que tal conducta es un abuso⁵⁶¹. En el análisis de la conducta habrá que observar detenidamente:

- *La legitimidad de los objetivos perseguidos*, es decir, cuando tienen una justificación económica o de protección de los propios intereses comerciales legítima⁵⁶².

⁵⁶⁰ Dice TEMPLE LANG, J. en “The use of competition law powers for regulatory purposes”, *Annual Competition Policy Conference* en el Regulatory Policy Institute, Oxford, Julio 2007, pág. 6, que las instituciones comunitarias no han adoptado aún una definición clara de abuso excluyente. Asimismo, que el art. 102 (b) da una definición: la conducta excluyente es aquella que “limita la producción, el mercado o el desarrollo técnico” de los competidores de la compañía dominante (en cursiva lo añade el autor) siempre que se cause perjuicio a los consumidores. Así es que ‘foreclosure’ o cierre de mercado es la conducta que crea obstáculos o impedimentos a los competidores o limita las posibilidades que de otro modo estarían al alcance de esos competidores y no estarían limitadas.

⁵⁶¹ La empresa tiene la posibilidad de rebatir esta presunción probando que la conducta no tiene ni tendrá el efecto anticompetitivo alegado o que la conducta está objetivamente justificada.

⁵⁶² La reciente línea doctrinal basada en un análisis más centrado en los efectos de la conducta, a la que ya me he referido anteriormente, entiende que con la justificación de la conducta por la empresa dominante se corrige una concepción absolutamente objetiva del abuso anticompetitivo aplicando una “rule of reason” o “regla de la razón”, (llamado también “análisis de razonabilidad”): únicamente se subsumirá en el tipo del abuso las restricciones no razonables de la competencia hechas desde una posición de dominio. Para ARRUÑADA, B. “Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia” (cap. 3), en Beneyto Pérez, J.M. (dir) y Maillo González-Arus, J. (coord), *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Bosch 2002, pág. 54, la ‘rule of reason’ se aplica a un “análisis de meritos de la empresa, debiendo ponderarse, por un lado, las ventajas en términos de economías de escala y alcance, desarrollo de productos e innovación,

- *La adecuación de los medios elegidos para conseguir dichos objetivos, que se enjuiciará a través del recurso a medios impropios de una competencia normal.*

Ahora bien, la Jurisprudencia trata la restricción estructural de la competencia como un elemento constitutivo del abuso anticompetitivo o excluyente. Para lograr una eficiencia duradera es necesaria la presencia de algunos competidores (atomicidad actual), con el fin de salvaguardar una cierta libertad de elección y asegurar la pervivencia de una rivalidad, es decir, el mantenimiento de un cierto grado último de competencia residual como parte de la estructura del mercado. Así se evita toda conducta que lleve a eliminar los últimos competidores actuales o que sólo deje subsistir empresas dependientes en su comportamiento de la empresa dominante⁵⁶³ dificultando sustancialmente cualquier competencia. Así, si se eliminara toda la competencia estructural, sólo existirían en el mercado los abusos explotativos de un monopolio, provocando el consecuente intervencionismo regulatorio para frenarlo⁵⁶⁴.

En resumen, la conducta anticompetitiva elimina la competencia efectiva al suprimir todas o la mayor parte de las fuentes de competencia actual o potencial existentes. La rivalidad entre empresas es un motor esencial de la eficiencia económica, incluida la competencia por innovar como forma de eficiencia dinámica. Si no hay rivalidad, la empresa dominante carecerá de los incentivos adecuados para continuar creando y repercutiendo los aumentos de eficiencia. La razón por la que la Comisión⁵⁶⁵, por lo

contrastándose con los efectos que produce un eventual fortalecimiento del poder de mercado de esa empresa.” Deberá ser considerado abuso anticompetitivo, la restricción de la competencia efectiva, y no solo estructural (modificación de la estructura competitiva del mercado), realizada desde una posición de dominio. La regla de razonabilidad de la restricción aparece entonces, como el mecanismo que, frente a la prohibición absoluta del art. 102 TFUE, ha de permitir valorar si la conducta restrictiva de la competencia estructural realizada desde la posición de dominio tiene el efecto real de restringir o no la competencia efectiva, a fin de decidir si hay o no abuso anticompetitivo. En el capítulo V, epígrafe IV, veremos las implicaciones que tiene esta línea doctrinal en la aplicación y método de la EFD/DRE.

⁵⁶³ Estaríamos entonces ante situaciones de dependencia económica o poder de dominio relativo, vistas anteriormente.

⁵⁶⁴ Lo que supondría el control directo del resultado a través de la regulación con el fin de asegurar el correcto juego de las libertades.

⁵⁶⁵ La Comisión en su ‘*DG Competition discussion paper on the application of art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses*’ de diciembre de 2005, ya mencionado, en su pág. 23, clasifica este tipo de abusos según sean conductas excluyentes basadas en el precio o no basadas en el precio. Y en combinación con las mismas, si producen cierre de mercado horizontal o vertical. De este modo, se clasifica como sigue: a) Cierre de mercado horizontal basado en el precio, distinguiendo entre: 1. precios predatorios; 2. descuentos condicionales o rebates; 3. venta por paquetes o bundling.

general, no centre su método de análisis exclusivamente en los efectos que se producen en el mercado por la conducta anticompetitiva se encuentra en que una conducta excluyente que mantiene, crea o consolida una posición de mercado que se aproxima a la de un monopolio no puede justificarse argumentando que también crea aumentos de eficiencia. Cuando no existe ninguna competencia residual ni ninguna entrada previsible que constituya cierta presión competitiva sobre la empresa dominante, entonces la protección de la rivalidad y del juego de la competencia debe primar sobre los posibles aumentos de eficiencia.

A.2) Negativa de Suministro y EFD/DRE⁵⁶⁶

Aunque la Comisión haya reconocido por su propio nombre la aplicabilidad de la doctrina de los “recursos esenciales”⁵⁶⁷, no lo ha hecho así la jurisprudencia comunitaria. Esto no significa que no se reconozca, sino que el término es distinto,

b) Cierre de mercado horizontal no basado en el precio: 1. acuerdos exclusivos; 2. vinculación o tying.

c) Cierre de mercado vertical basado en el precio: compresión de márgenes.

d) Cierre de mercado vertical no basado en el precio: denegación de suministro.

Clasificación que es necesario mencionar sin profundizar porque sólo vamos a analizar el cierre de mercado vertical, figura directamente relacionada con la EFD/DRE y donde esta doctrina se encuadra; sin olvidar que en muchas ocasiones estas figuras se darán conjuntamente con situaciones de recursos esenciales o donde la delimitación de unas y otra no esta perfectamente clara.

⁵⁶⁶ Véase sobre la *Denegación de Suministro*: Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2009 relativa a las ‘Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes’, C (2009) 864 final, (DO L45 de 24/02/2009, pp. 7 a 20) en concreto sus párrafos 75 a 90. HOU, L.: *Refusal to deal within EU Competition Law*, Interdisciplinary Centre for Law & ICT (ICRI) of the Katholieke Universiteit Leuven, 2009. HUMPE, Ch. y RITTER, C.: “Refusal to Deal”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, Global Competition Law Centre, College of Europe, Brujas, Julio 2005, pp. 134 a 165. OCDE: “Refusals to deal”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, (Competition Committee)*, DAF/COMP (2007)46, 3 sep. 2009. STOTHERS, C.: “Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the EU” en *ECLR*, 2001, vol. 22, n° 7, pp. 262 y ss. GIPPINI FOURNIER, E.: “Essential Facilities y aplicación del art. 82 TCE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 2000, n° 205, enero/feb., pp. 77-95. LOVDAHL GORMSEN, L.: *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, 2010.

⁵⁶⁷ Por ejemplo, en las Directivas de telecomunicaciones, en la Directiva 2001/14 dentro del sector ferroviario, en las Comunicaciones sobre mercado relevante y la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2009 relativa a las ‘Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes’, C (2009) 864 final, en el párrafo 78. Véanse, además, la Decisión 94/19/CE de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 en el asunto IV/3h.689 *Sea Containers/Stena Sealink – Medidas provisionales* (DO L 15 de 18.1.1994, p. 8); y la Decisión 92/213/CE de la Comisión de 26 de febrero de 1992 en el asunto IV/33.544 *British Midland/Aer Lingus* (DO L 96 de 10.4.1992, p. 34).

enmarcándose dentro de la *Denegación de Suministro*⁵⁶⁸. El concepto, sin embargo, es el mismo, ya que los asuntos más importantes que analizan los tribunales comunitarios bajo esta figura son los mismos que los que la doctrina viene examinando dentro del marco de la EFD/DRE. Estos casos se analizan con detenimiento en el capítulo IV.

En la denegación de suministro el objetivo es excluir a otra empresa activa en el mercado relacionado o secundario, la cual necesita el producto o servicio del mercado primario para poder fabricar u ofertar sus propios productos o servicios a sus clientes⁵⁶⁹. Si el resultado de la decisión de la empresa dominante es que el comprador resulta excluido del mercado o reducido a un papel residual o se impide su entrada, nos encontramos ante un abuso excluyente, que de momento, como hemos visto, es el único tipo de abuso que se reprende a nivel comunitario⁵⁷⁰. Se trata de empresas competidoras, y por tanto, sólo se planteará una cuestión de competencia cuando la propia compañía dominante esté también activa en el mercado secundario, surgiendo un conflicto de intereses concurrenciales para la misma empresa dominante. Este requisito excluye la posibilidad de que la negativa de suministro se aplique a los abusos explotativos, es decir, aquellos que se centran únicamente en la protección directa de los clientes y/o proveedores de la empresa dominante sin llegar a afectar a la estructura competitiva del mercado, lo que acerca esta figura a la de posición dominante relativa. Ahora bien, no se descarta la posibilidad de que un abuso explotativo también pueda afectar a la estructura competitiva del mercado, en concreto, en la negativa de acceso a un recurso esencial a

⁵⁶⁸ La Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2009 relativa a las '*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*', C (2009) 864 final, en sus párrafo 78 se refiere con esta terminología a "la denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o a una red."

⁵⁶⁹ En general, respecto al cierre de mercado ('foreclosure'), se tratará de cierre horizontal o vertical dependiendo de la situación de la empresa dominante respecto a sus competidoras. Si la compañía dominante intenta excluir un rival del mercado anterior (también llamado primario) o del mercado descendente (también llamado secundario) estaremos ante un cierre vertical. Lo importante en la definición de mercado anterior o descendente es que un mercado, (el primario), provee un producto o servicio necesario para otro mercado (secundario).

⁵⁷⁰ Otros tipos de denegación de suministro posiblemente ilegal, en los que el suministro se condiciona a que el comprador acepte limitaciones de su conducta, no se tratan bajo esta figura. Por ejemplo, interrumpir los suministros para castigar a los clientes por comerciar con competidores o la denegación de suministro a los clientes que no acepten los acuerdos vinculantes, son examinados por la Comisión conforme a los principios establecidos en las secciones relativas, respectivamente, a los acuerdos exclusivos y a la vinculación y venta por paquetes, que, como he dicho más arriba, no se encuadran bajo la figura de la denegación de suministro, aunque a veces la delimitación no esté tan clara. Respecto a los "contratos vinculados" de lo que se trata es de condicionar la venta de un producto o servicio a la adquisición de otro. En la venta por paquetes se ofrecen conjuntamente lotes de dos o más productos o servicios sin posibilidad de desvincularlos. Consideramos que el concepto elegido de "denegación de suministro" es tan amplio que roza la ambigüedad.

un cliente y/o proveedor, ya sea éste a la vez competidor o no, de tal importancia que afecte a la estructura de competencia en ese mercado.

En el control de la competencia en el mercado interior, la Comisión parte del supuesto de que, en términos generales, cualquier empresa, ya sea dominante o no, debe tener derecho a elegir con quien comercia y a disponer libremente de su propiedad⁵⁷¹. Así pues, una intervención en virtud del Derecho de competencia requiere un examen pormenorizado y prudente cuando la aplicación del artículo 102 TFUE dé lugar a imponer a la empresa dominante una obligación de acceso o suministro. Las críticas a esta imposición están basadas en que la existencia de esta obligación de acceso, -incluso a cambio de una remuneración justa-, puede socavar los incentivos de las empresas para invertir e innovar, con la posibilidad de que ello redunde en detrimento de los consumidores. El hecho de saber que pueden estar obligadas a suministrar, en contra de su voluntad, puede llevar a las empresas dominantes -o a las que prevén que pueden llegar a ser dominantes- a no invertir o a invertir menos en la actividad en cuestión o en infraestructura. Además, los competidores pueden tener la tentación de aprovecharse de las inversiones de la empresa dominante en lugar de realizar tales inversiones ellos mismos. Ninguna de estas consecuencias beneficiaría a largo plazo a los consumidores.

Por otra parte, no se considera necesario para determinar el abuso que el producto denegado ya se haya comercializado, basta que haya demanda de compradores potenciales y que pueda determinarse un mercado potencial para el insumo (input) en cuestión⁵⁷². Del mismo modo, no es necesario que exista una verdadera negativa por parte de una empresa dominante: basta con una «negativa constructiva». La negativa constructiva podría consistir, por ejemplo, en demorar indebidamente o en degradar de cualquier otro modo el suministro del producto o en imponer condiciones ilógicas a

⁵⁷¹ El TDC español, en el asunto 309/1991 *ACIMA contra Mutua Madrileña*, de 30 de julio de 1992, en aplicación del art. 6 LEDC contestó a la alegación de la libertad de contratar del denunciado que “la libertad de contratar, facultad esencial del derecho de libre empresa (art. 38 CE),..., juega efectivamente cuando quien la ejercita no ocupa una posición de dominio en el mercado: todo operador económico puede contratar cómo y con quien quiera. Pero cuando se llega a una posición dominante, la facultad de contratar se convierte en una obligación cuyo incumplimiento, la negativa a contratar, exige la concurrencia de una justa causa. Por ello, afirmada la posición de dominio...deben valorarse las razones específicas que motivaron su actuación para decidir si su conducta estaba o no justificada”.

⁵⁷² Como sucedió en el asunto *Magill* que analizamos en el cap. IV, epígrafe II.2.6). Respecto al concepto de *input* o insumo el diccionario de la Real Academia Española lo define como el “conjunto de bienes empleados en la producción de otros bienes”.

cambio del suministro. Incluso podría entenderse que la compresión de márgenes es un claro ejemplo de negativa constructiva⁵⁷³.

La Comisión considerará que el control de estas prácticas es prioritario siempre que concurren todos los siguientes requisitos acumulativos⁵⁷⁴:

- a) la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente;
- b) sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente; y
- c) sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.
- d) la justificación objetiva de la empresa dominante.

a) Necesidad objetiva del insumo

Al examinar si una denegación de suministro merece represión se considerará si el suministro del insumo denegado es objetivamente necesario para que los operadores puedan competir eficazmente en el mercado. Esto no significa que sin el insumo

⁵⁷³ Compresión de márgenes: en lugar de denegar el suministro, una empresa dominante puede aplicar al producto en el mercado ascendente un precio tan alto que, en comparación con el precio que aplica en el mercado descendente, no permite que ni siquiera un competidor con igual grado de eficiencia comercie de forma rentable en el mercado descendente, donde necesita del insumo, de forma duradera. En casos de compresión de márgenes el parámetro que suele utilizar la Comisión para determinar los costes de un competidor con igual grado de eficiencia es el LRAIC de la división descendente de la empresa dominante integrada (integración vertical). LRAIC son las siglas de 'long-run average incremental cost' o coste incremental medio a largo plazo, que se define como la media de todos los costes (variables y fijos) en que incurre una empresa para fabricar un determinado producto. El LRAIC incluye los costes fijos específicos del producto contraídos antes del periodo en que tuvo lugar la presunta conducta abusiva. El hecho de no cubrir el LRAIC con el precio con que la empresa comercializa el producto en el mercado descendente indica que la empresa dominante no está cubriendo todos los costes fijos (atribuibles) de producción del bien o servicio en cuestión y que un competidor tan eficiente podría quedar excluido del mercado por no poder competir con ese precio tan bajo. No obstante, en algunos casos el LRAIC de un competidor no integrado en sentido descendente podría utilizarse como parámetro de referencia, por ejemplo cuando no es posible asignar claramente los costes de la empresa dominante a las operaciones en sentido descendente y ascendente. Véase al respecto el párrafo 26 de la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2009 relativa a las '*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*', y asimismo, el asunto *Deutsche Telekom AG*, (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579) CE 2003 (DO L 263/19).

⁵⁷⁴ Requisitos recogidos en la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2009 relativa a las '*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*', en el párrafo 81, en el cual la Comisión sólo recoge los tres primeros requisitos, pero en el análisis de la conducta que lleva a cabo en el párr. 82 recoge también el cuarto requisito llamándolo "Eficiencias". Ciertamente es un requisito, pero es común en el análisis del resto de las figuras que realiza estas Orientaciones, por lo que, por esta razón lo excluye de los requisitos específicos que enumera en el párr. 81 como específicos de la "denegación de suministro".

denegado ningún competidor podría introducirse o sobrevivir en el mercado descendente. Se considerará más bien que un insumo es imprescindible o esencial cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar - al menos a largo plazo - las consecuencias negativas de la denegación. Así, por lo general, se evaluará si los competidores podrían realmente, en un futuro próximo, producir un insumo igual que el de la empresa dominante. Esta capacidad de copiar el insumo supone la creación de una fuente alternativa eficaz de suministro o a la que acceder que permita a los competidores ejercer una presión competitiva sobre la empresa dominante en el mercado descendente.

La denegación de suministro se da tanto para los casos de interrupción del acceso o suministro anterior, como a las negativas de acceder a suministrar un bien o un servicio nuevo que la empresa dominante no ponía a disposición antes a otras empresas. Sin embargo, el hecho de poner fin a una relación ya existente con la empresa dependiente tendrá más probabilidades de ser considerado abusivo que si se trata de una denegación nueva⁵⁷⁵. Por ejemplo, si la empresa dominante había suministrado o prestado anteriormente a la empresa que requiere el producto o servicio, y si ésta había hecho fuertes inversiones destinadas específicamente a utilizar el insumo denegado posteriormente, es más probable que la empresa considere imprescindible el insumo en cuestión. Del mismo modo, el hecho de que el dueño del producto o servicio esencial en el pasado le interesara comercializarlo es una indicación de que el dueño ha estado recibiendo una compensación adecuada por su inversión original. Por lo tanto, correspondería a la empresa dominante demostrar por qué las circunstancias han cambiado de tal manera que el hecho de continuar la relación existente constituye el riesgo de que la compensación o el precio no sea el adecuado a cambio del acceso o suministro.

b) Eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente

⁵⁷⁵ Véase KESSLER, E.P.: "Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio", *Gaceta Jurídica* n° 205, enero-febrero 2000, pág. 30, "La doctrina parece clara en lo que respecta al carácter prohibido de la negativa de suministro desde una posición de dominio, cuando dicha negativa se da frente a antiguos clientes, pero no lo es tanto respecto a los que nunca lo han sido anteriormente. Y ello porque, cualquier empresa en posición de dominio se vería obligada a suministrar los pedidos que le girara cualquier cliente con independencia de la rentabilidad de dichos suministros y de la conveniencia en términos de su política comercial. Ello podría derivar en una situación en la que el poder relativo (posición de dominio relativa) entre el dominante y el cliente se invierta y sea el cliente, con el poder que le otorga una posible acusación por abuso de posición dominante quien determine la política comercial de aquél."

La probabilidad de eliminar la competencia efectiva es generalmente mayor cuanto más alta es la cuota de mercado de la empresa dominante en el mercado descendente; cuanto menos se limite la capacidad (de producción o distribución) de la empresa dominante en relación con los competidores en el mercado descendente; cuanto más difícil sea la sustitución entre el insumo de la empresa dominante y el de sus competidores en el mercado descendente; cuanto mayor sea la proporción de competidores afectados en el mercado descendente; y cuanto más probable sea que la demanda que podría ser satisfecha por los competidores excluidos se desvíe de ellos en beneficio de la empresa dominante⁵⁷⁶.

c) Perjuicio para el consumidor

Para evaluar el perjuicio al consumidor se comparará si las probables consecuencias negativas de la denegación de suministro en el mercado de referencia superan a cierto plazo las consecuencias negativas de la imposición de una obligación de acceso o suministro.

La Comisión considera que los consumidores pueden resultar perjudicados, por ejemplo, cuando los competidores excluidos por la empresa dominante de resultados de la denegación se ven impedidos de lanzar al mercado bienes o servicios innovadores y/o cuando es probable que se frustre la innovación subsiguiente. Esto puede ocurrir concretamente si la empresa que pide el suministro no pretende limitarse esencialmente a ofertar los bienes o servicios ya ofertados por la empresa dominante en el mercado descendente, sino que se propone producir bienes o servicios nuevos o mejorados para los que existe una demanda potencial de los consumidores o que puedan contribuir al desarrollo técnico⁵⁷⁷.

La Comisión también considera que una denegación de suministro puede perjudicar al consumidor cuando el precio en el mercado ascendente del insumo está regulado, el precio en el mercado descendente no está regulado y la empresa dominante, al excluir a los competidores en el mercado descendente mediante una denegación de suministro, puede obtener en el mercado descendente no regulado más beneficios de los que obtendría en el mercado ascendente, por tanto, subiendo el precio por encima de su nivel

⁵⁷⁶ Como resume PELLISE CAPELL, J. en *Mercado relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, 2002, pág. 150.

⁵⁷⁷ Véase el asunto C-418/01, *IMS Health/NDC Health*, (Rec. 2004, pág. I-5039), apartado 49; también el asunto T-201/04, *Microsoft/Comisión*, (Rec. 2007, p. II-3601), apartado 658, que son analizados en profundidad en el siguiente capítulo, epígrafe II-2.1).

competitivo en el mercado descendente. Lo que no resultaría difícil que suceda en el sector ferroviario, ya que los cánones de acceso a la infraestructura están regulados. De hecho, aparecen publicados en la *Declaración sobre la Red*⁵⁷⁸, pero no así los precios que las empresas ferroviarias imponen a sus clientes, ya sean otras empresas de transporte o los pasajeros. No olvidemos, como hemos visto en el primer capítulo, que los mercados ferroviarios en la UE siguen dominados por los antiguos monopolios nacionales con cuotas de mercado altísimas.

d) Justificaciones por parte de la empresa de la denegación de suministro⁵⁷⁹

Dependiendo del caso pueden darse muchos tipos de justificaciones para denegar el acceso o suministro. Sin embargo, dos tipos son especialmente difíciles de valorar objetivamente: en primer lugar, cuando la empresa se justifica en la defensa de la protección de sus intereses económicos y comerciales como respuesta a la acción tomada por ciertos competidores, por ejemplo, para no perder su cuota de mercado (*meeting competition defence*⁵⁸⁰) y, en segundo lugar, en las eficiencias que genera su postura en el mercado (*eficiencies*).

Respecto a la primera, generalmente se aducirán comportamientos de abuso en el precio, es decir, como defensa para minimizar las pérdidas a corto plazo resultantes directamente de las conductas de bajada de precios llevada a cabo por los competidores. Para admitir esta justificación debe aplicarse el test de proporcionalidad, que implica tres requisitos:

- La conducta elegida es apropiada para lograr el legítimo objetivo;
- La conducta es indispensable, de modo que no puede lograrse el objetivo de forma similar acudiendo a otras alternativas menos anticompetitivas y se ha de minimizar su vigencia en el tiempo absolutamente necesario para contrarrestar la acción de la empresa competidora;
- La conducta es una respuesta proporcionada a la vista del objetivo perseguido por el art. 102 TFUE, es decir, la protección de la competencia, por lo que

⁵⁷⁸ Como hemos visto en el capítulo I es obligación de los gestores de infraestructura nacionales en la UE publicar su Declaración sobre la Red. En España aparece publicada en la página web de Adif: www.adif.es.

⁵⁷⁹ Sobre este tema, véanse los asuntos del Tribunal General T-228/97 *Irish Sugar* (Rec. 1999, II-2969) y T-30/89 *Hilti* (Rec. 1991, II-1439).

⁵⁸⁰ Véase la anterior nota al pie 555.

habrá que sopesar el interés de la empresa de proteger sus intereses con el interés de los competidores de entrar en un mercado o expandirse.

Respecto al segundo tipo de justificación, las eficiencias generadas por la conducta de la empresa dominante, se tomarán en consideración sus alegaciones de que la denegación de suministro es necesaria para poder obtener un rendimiento adecuado en relación a las inversiones necesarias para poner a disposición el recurso o insumo, lo que creará incentivos para seguir invirtiendo en el futuro. También se tomarán en consideración los argumentos de la empresa dominante de que su propia innovación se verá afectada negativamente por la obligación de acceso o suministro o por los cambios estructurales de las condiciones de mercado que conllevaría la imposición de dicha obligación.

Dichas eficiencias deben beneficiar a los consumidores en general. Si, por motivo de la conducta los consumidores de un determinado mercado empeoraran su situación, la conducta no puede justificarse con argumentos de eficiencia. Otra condición necesaria es que la competencia no será eliminada en el mercado como consecuencia de la exención de la obligación de abastecer o dar acceso al competidor, lo que es un reconocimiento de que la rivalidad entre empresas es un motor esencial de la eficiencia económica, ya que en última instancia, se prioriza la protección de la rivalidad y el proceso competitivo sobre las posibles ganancias en eficiencia aducidas por la empresa dominante. Por otra parte, es muy improbable que una conducta abusiva llevada a cabo por una empresa en una posición casi cercana al monopolio⁵⁸¹ pueda ser justificada con argumentos de eficiencia suficientes para contrarrestar los actuales o potenciales efectos anticompetitivos de su conducta. Como hemos visto en el capítulo I, muchas de las empresas ferroviarias europeas superan la cuota de mercado mencionada, algunas llegan incluso al 90%⁵⁸².

⁵⁸¹ En general se considera una posición de mercado cercana al monopolio cuando la empresa detenta una cuota de más del 75% y no queda casi competencia en el mercado. En *'DG Competition discussion paper on the application of art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses'* de diciembre de 2005, pag. 28.

⁵⁸² Véase en el primer capítulo la pág. 114 en relación al Anexo 12: *'Market shares of railway undertakings (2008)'* de los Anexos del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: *'Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario'*, al que remito; como ejemplo, en el mercado de carga, Renfe-Operadora ostenta un 95% del mercado, y en el mercado de pasajeros, un 100%.

También constituye un abuso la negativa de suministro o acceso de varias compañías que juntas disfrutaran de una posición de dominio colectiva⁵⁸³. De dos formas: cuando el insumo al que se deniega el acceso es propiedad de ese grupo de empresas, y cuando varias empresas dominantes deniegan conjuntamente el acceso a sus propios insumos individuales en una unidad de acción. Ahora bien, el abuso no tiene necesariamente que venir constituido por una conducta de todas las empresas, sino que debe ser identificado como una de las manifestaciones de la posición de dominio colectiva⁵⁸⁴.

Por último, en la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2009 relativa a las '*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*', en el párrafo 78, el concepto de denegación de suministro abarca una amplia gama de prácticas, tales como la denegación de suministro de productos a clientes nuevos o existentes, la denegación de concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual, denegación de facilitar información necesaria para la interoperabilidad de un mercado con otro o la denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o a una red. Es la denegación de acceso a una instalación esencial la que constituye el objeto de la doctrina de los recursos esenciales (EFD/DRE) que desarrollamos más adelante. Baste decir ahora que puede constituir un recurso esencial una red de distribución, una licencia, un puerto, un sistema de información, etc, por lo que su aplicabilidad se amplía a cualquier área de actividad siempre que sea indispensable el acceso a ese recurso para la propia existencia de la empresa que necesita del mencionado recurso, ya sea un cliente nuevo o potencial o uno ya existente o actual. Consideramos que aunque la Comisión clasifique la denegación de suministro en diferentes prácticas mencionando a modo de ejemplo tres de ellas (al principio de este párrafo), la figura de la EFD/DRE puede abarcar todas esas prácticas siempre que esté en juego la esencialidad de un recurso o instalación, y mientras no entre en juego la esencialidad, entonces constituirán una denegación de suministro. Ahora bien, dentro de la EFD/DRE caben otro tipo de conductas, que no son *stricto sensu* una negativa de suministro, como las prácticas discriminatorias o la imposición de condiciones tan onerosas o desiguales que incluso acaben por constituir una negativa o el intento de monopolización. La característica común es que sólo porque el recurso es esencial se comete el abuso.

⁵⁸³ Respecto a la problemática de la Posición de dominio colectiva, véase el siguiente epígrafe 6 de este mismo capítulo.

⁵⁸⁴ La Jurisprudencia ha tratado la posición de dominio colectiva en los casos en que existía una fuerte unión estructural entre las empresas que ostentan juntas una posición dominante, como se verá en el siguiente epígrafe.

B) Abusos explotativos

Este tipo de abusos consisten en obtener un mayor beneficio de la posición de dominio. No se centran en el mercado y su estructura de competencia, sino en la conducta llevada a cabo por la empresa dominante frente a otras empresas. Es decir, el abuso explotativo es necesario para controlar la correcta realización de la competencia en sus resultados, mientras que, como hemos visto, el abuso anticompetitivo se centra en la estructura del mercado, o si se quiere, de la competencia. Ahora bien, ambos tipos de abusos, aunque son distintos, no constituyen compartimentos estancos o separados.

Sin embargo, la Comisión no ha recogido aún en ninguna de sus Directrices, Orientaciones o Comunicaciones este tipo de abusos; como hemos visto, de momento, únicamente ha tratado los abusos anticompetitivos⁵⁸⁵. En el pasado, no sólo la Comisión, sino también los tribunales de la Unión, han condenado fácilmente las prácticas anticompetitivas que ellos presumían llevarían al cierre de mercado evitando la entrada de los competidores en el mismo. La prohibición ha venido aplicándose sin revisar debidamente las justificaciones de la empresa dominante basadas en criterios comerciales o de eficiencia, faltando además en la aplicación del art. 102 TFUE una visión que usara criterios económicos⁵⁸⁶. En su día, se criticó que se protegiera “excesivamente” a los competidores en este contexto y se estimó que debía revisarse dicho artículo en el sentido de cumplir los objetivos a los que debía servir⁵⁸⁷. Todas estas críticas concluyeron en la revisión y “modernización” de las directrices para la aplicación del art. 102 TFUE con el ‘*DG Competition discussion paper on the application of art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses*’ de diciembre de 2005, finalmente adoptándose la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2009 relativa a las ‘*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*’.

⁵⁸⁵ Véase el epígrafe 5.3 anterior.

⁵⁸⁶ Véase nota al pie 480.

⁵⁸⁷ Véase SLOT, P.J.: “A view from the mountain: 40 years of developments in EC Competition Law”. *CMLR* 41, 2004, pág. 462. También véase HERNANDEZ RODRIGUEZ, F.: “Documento de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 del Tratado a determinados abusos anticompetitivos (abusos exclusionarios)”, *Actas de Derecho Industrial Derecho de Autor*, Tomo XXVI, 2005-2006, pp. 485-494.

Cuando las conductas no alteran la estructura del mercado, se entenderá que en la esfera del Derecho Privado (o incluso Derecho de los consumidores), que por no afectar al marco estructural de la competencia, son indiferentes al control público realizado desde el órgano encargado de la defensa de la competencia⁵⁸⁸. De este modo, la restricción estructural de la competencia no es un elemento necesario en el abuso explotativo⁵⁸⁹.

Ahora bien, ya hemos visto que los órganos de defensa de la competencia comunitaria parecen haber eludido hasta el momento la represión directa de los abusos explotativos (o desleales puros)⁵⁹⁰, exigiendo entonces, como señala la Comisión para apreciar el abuso de la posición de dominio en los casos de abusos explotativos, alguna suerte de restricción de la competencia estructural. Esta actitud tiene su fundamento en el temor de las autoridades antimonopolio de convertirse por esta vía en reguladoras de las condiciones del mercado y de los precios.

⁵⁸⁸ Los resultados monopolísticos suponen un atentado contra la competencia en general, ya que, por definición, en una situación de monopolio no existe competencia en el mercado, por lo que constituyen una afectación grave al interés general, o si se quiere, perturbación notoria del orden público económico.

⁵⁸⁹ Consideramos que puede concluirse que las situaciones de posición de dominio relativo (o de dependencia económica) constituyen abusos explotativos (y no anticompetitivos) porque no necesitan de la restricción de la competencia estructural para constituirse en abusos, PEREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J.: “La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto”, *Gaceta Jurídica* n° 205, enero-febrero 2000, pág. 39. Continúa este autor diciendo que en el ámbito del Derecho de la competencia no se prohíbe cualquier explotación abusiva de una situación de dependencia, sino únicamente aquélla que restrinja la libre competencia porque si no se restringe la competencia como tal no se encuadrarían dentro del ámbito de derecho de la competencia, sino que pasarían a ser prácticas desleales. Entendemos que, en el ámbito nacional, la explotación desleal de la situación de dependencia económica sólo podrá ser perseguida al amparo del Derecho de la competencia en casos muy limitados en que se restrinja también la libre competencia como tal. En cambio, cuando se trate, exclusivamente, de defender los intereses de una empresa frente a otra deberá acudir a las prácticas desleales o al derecho del consumidor, puesto que la libre competencia es mas amplia (la protección del mercado, del interés público) que no debe confundirse con la protección del competidor. Ahora bien, no hay que olvidar que en el ámbito comunitario no se cuenta por el momento con una legislación de protección del consumidor o de las prácticas desleales, por lo que habrá que acudir a la figura del abuso de la posición de dominio cuando dichas conductas tengan una entidad suficiente. La cuestión que habrá que plantearse, constatada la existencia de una situación de dependencia económica y la comisión de una practica abusiva o desleal, para analizar si resulta también aplicable el derecho de la competencia seria: ¿afecta la practica en cuestión al funcionamiento normal del mercado?. En cualquier caso, si la práctica en cuestión no excluye del mercado al afectado, resultara difícil mantener que se trate de una práctica anticompetitiva. Y al contrario, si la practica impide el acceso de un tercero a un mercado, será muy probablemente anticompetitiva, aunque no lo será si simplemente dificulta o limita su acceso al mercado. Luego, en situaciones frente a clientes o proveedores en que se de una practica injustificada, para que resulte un abuso anticompetitivo, además de explotativo, debe debilitarse gravemente su posición competitiva en el mercado o le impida o dificulte seriamente su acceso al mismo.

⁵⁹⁰ Véase la nota al pie 557.

En una situación de fuerte dependencia económica, la empresa se encontraría en una situación privilegiada frente a una gama muy amplia de clientes. Las autoridades de la competencia deben tener muy presente estas situaciones de importante dependencia económica en relación con los mercados en proceso de liberalización, como en la industria ferroviaria, porque las actuaciones abusivas de explotación a gran escala por la empresa que históricamente ha disfrutado de una posición monopolista podrían invalidar los objetivos que se persiguen mediante esa política liberalizadora⁵⁹¹, y de este modo, el interés general tendría que redefinirse por la defensa directa de los resultados buscados por la liberalización del mercado a través de más medidas regulatorias⁵⁹². De este modo, se podría llegar a una situación en la que el control excesivo por el Derecho de la Competencia del abuso explotativo conduciría a que la empresa dominante viera directamente controlada su actividad por las autoridades antimonopolio, que de algún modo quedarían dotadas de facultades de reglamentación que no les son propias, pues son autoridades de competencia, no de regulación⁵⁹³.

Para una aplicación prudente del abuso explotativo es necesario un mayor grado de dominación del mercado con el fin de considerar un perjuicio anticompetitivo. Así,

⁵⁹¹ Véase PACHECO CAÑETE, M.: “El abuso de posición dominante en el sector de la telefónica fija”, en Font Galán, J.I. y Pino Abad, M. (coord.) *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, 2005, pág. 423, que trata la liberalización del sector de las comunicaciones, en consonancia con el marco comunitario regulador común de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que también se hace a través de Directivas principalmente (como en la apertura del mercado ferroviario). Es significativo en este contexto lo que dice: “*En concreto, el TDC en el Fundamento de Derecho 15º de la Resolución de 8 de marzo de 2000, en el caso Retevisión/Telefónica afirma que incumbe a la empresa que ostenta una posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia. En especial, cuando estamos en presencia de una empresa que ostentaba una situación de monopolio en un sector que ha sido recientemente liberalizado, la diligencia que le es exigible es aun mayor, pues si no se promueve la competencia, la nueva situación será similar a la anterior*”. Dentro de las particularidades del modelo liberalizador de las telecomunicaciones en la UE se recurre al estatuto del “operador con poder significativo en el mercado”, para que los operadores o entidades públicas que han gozado de derechos especiales o exclusivos tengan un régimen especial, aunque transitorio, para garantizar que actúan en el mercado en términos similares al resto de los operadores, y para que se produzca una liberalización real, (art. 14 de la Directiva Marco 2002/21 “relativa a un marco regulatorio común para redes y servicios de comunicaciones electrónicas”). Así lo adopta la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, sobre el estatuto de operador dominante (art. 10.4). Una pena que no se haya también usado esta figura para la liberalización ferroviaria respecto a las históricas empresas nacionales ferroviarias.

⁵⁹² Es el temor a una intervención pública excesiva. En el ámbito americano, surge con el debate sobre si el juicio de monopolización debía descansar más sobre criterios de estructura o sobre los de resultado. Se señaló que el valorar más la monopolización sobre los criterios de resultado que sobre los de estructura, llevaría a los órganos de defensa de la competencia a tener que reglamentar directamente el ejercicio del poder de mercado, con lo cual se daría la paradoja de que, pretendiendo defender la libertad de empresa, se reduciría o eliminaría esta libertad, al tener las autoridades antitrust que determinar regulatoriamente los resultados que tienen que ser alcanzados por las empresas.

⁵⁹³ Como hemos visto a lo largo de todo el capítulo II.

cuando no existe competencia potencial o residual por estar el monopolio amparado por fuertes barreras legales o naturales y también cuando la competencia residual se limita a seguir a la empresa dominante, o en los casos de paralelismo oligopolista consciente y no colusorio⁵⁹⁴. Es comúnmente reconocido que si la estructura de un mercado fuera competitiva, el tratamiento jurídico del abuso explotativo sería innecesario, pero no es lo que sucede en la realidad de los mercados donde las posiciones de dominio individuales o colectivas abundan⁵⁹⁵, y la explotación abusiva de clientes y proveedores puede entonces devenir tan real y necesitada de tratamiento jurídico como la explotación anticompetitiva⁵⁹⁶.

Consideramos, por tanto, que las “nuevas” empresas ferroviarias (en realidad los antiguos monopolios nacionales), muchas veces incluso entidades públicas (como Renfe-Operadora), con cuotas de mercado altísimas en sus respectivos Estados⁵⁹⁷, podrían llevar a cabo ciertos abusos de explotación porque no afectarían como tal a la estructura competitiva del mercado UE; sin embargo, estas prácticas, como mínimo, hacen al mercado nacional menos competitivo. Por ejemplo, es comúnmente conocido en los ámbitos ferroviarios que Renfe-Operadora en su proceso de reestructuración como RENFE vendió a Argentina⁵⁹⁸ o, en cierto modo, se deshizo del parque de locomotoras

⁵⁹⁴ A la figura del oligopolio nos referiremos en el siguiente epígrafe 6.

⁵⁹⁵ KINGSTON, S.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton, antes Glaxowellcome AVEE”, CMLR n° 46, 2009, pág. 694.

⁵⁹⁶ Así la Decisión de la Comisión *BPB Industries PLC* de 5 de diciembre de 1988 dice: “...abusivas las conductas excluyentes del distribuidor dominante destinadas a impedir el acceso de los competidores a los clientes, obligando a estos a depender de aquel y entorpeciendo el desarrollo de una nueva competencia.”

⁵⁹⁷ Sobre las cuotas de mercado ferroviarias en la UE, se puede consultar el *Plan Estratégico para el impulso del transporte ferroviario de mercancías en España* de 14 de septiembre de 2010, preparado por el Ministerio de fomento, accediendo a (último acceso 6 de marzo de 2012): <http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/E9229D97-59DB-44BE-BA47-AC93A45C4C72/98696/10091401PEITMF.pdf>, pp. 4 a 10.

⁵⁹⁸ Vease el artículo de prensa de *El Mundo* en referencia a este asunto, respecto al cual es interesante mencionar aquí algunos puntos, dice: *Renfe Operadora asegura que no participó en la venta de trenes a Argentina investigada por un presunto caso de corrupción. La compañía ferroviaria ha explicado en un comunicado que vendió el material rodante a la empresa pública Expansión Exterior (actual P4R) en 2005, y esta lo exportó ese mismo año a Argentina dentro de un acuerdo de cooperación para la provisión de material ferroviario. No obstante, el más comprometido en este caso de supuesta corrupción es, al parecer, Juan Barba, director de la oficina de Expansión Exterior del Instituto Español de Comercio Exterior, ya que el, personalmente, llevó adelante los primeros pasos de la negociación de la operación de venta de los trenes.* Puede consultarse en: <http://www.elmundo.es/mundodinero/2010/11/22/economia/1290457802.html>. No se ha de olvidar que los accionistas de P4R son ICEX (Instituto Español de Comercio Exterior) con un 88,13% y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) con el 11,87%. Aunque es difícil casar las diferentes cifras que aparecen aquí y allá, parece ser que en la *XV Cumbre Iberoamericana de Salamanca*, de octubre de 2005, se acordó la venta de 426 vagones, 121 locomotoras y 120 coches motores, con sus repuestos y capacitación técnica. Cuando se cerró la

que tenía⁵⁹⁹. Una locomotora puede tener una vida de 20 a 30 años, e incluso más si se cuida⁶⁰⁰, y por otro lado, su adquisición requiere de una fuerte inversión, además ha de estar adaptada al sistema ferroviario español, incluyendo su ancho ibérico⁶⁰¹.

transacción en enero de 2008, la operación se quedó en 416 vehículos por 120 millones de euros, cifra muy lejana a la que refleja el artículo de prensa citado de solo 11 millones de euros. Se ha preguntado sobre este tema en Renfe-Operadora, pero sin éxito.

Por otro lado, sobre el parque de material rodante de Renfe Operadora puede consultarse el *Observatorio del Ferrocarril en España*, último actualizado es de 2010, las páginas 44, 75 y 205 que reflejan la evolución del material desde el 2005 al 2010, publicado en la página web de la Fundación de Ferrocarriles (www.observatoriodelferrocarril.es, último acceso a 7 de marzo de 2012), donde, como se puede observar, a pesar de la acusada reducción del parque de material rodante en estos años que se expone, incluso ni se reflejan ni aparecen las altas cantidades de material que se vendieron a Argentina. También es significativo la tardía entrada en vigor a 9 de febrero de 2006 de la Orden Ministerial para la homologación del material rodante y de los centros de mantenimiento: ORDEN FOM/233/2006 de 31 de enero.

⁵⁹⁹ En el *Plan Estratégico para el impulso del transporte ferroviario de mercancías en España* de 14 de septiembre de 2010, preparado por el Ministerio de Fomento, una de las medidas expresas en el marco de la línea estratégica para 2020 es el *Ofertar al mercado los excedentes de material ferroviario de Renfe Mercancías en condiciones de mercado para su utilización por otras empresas ferroviarias y candidatos*, (pág. 40). Se puede consultar en (último acceso 6 de marzo de 2012): <http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/E9229D97-59DB-44BE-BA47-AC93A45C4C72/98696/10091401PEITMF.pdf>

⁶⁰⁰ Vease Halder, M. and Löchter, A. *Rail Diesel Study*, WP1 Final Report, (2005): *En la red de ferrocarril de la UE el 50% de la estructura viaria está electrificada y el 80% del transporte de carga se transporta en ella. Existen entre 15 000-18 000 locomotoras diesel en Europa con un promedio de edad de 27 años. Las máquinas necesitan ser reemplazadas alrededor de cada 20 años; se compran anualmente alrededor de 500 máquinas nuevas. En comparación, hay un estimado de 825 000 vagones de carga en la UE al año 2000. Tienen un promedio de vida de 40 años y se compran anualmente entre 15 000 y 20 000; viajan un promedio de entre 10 y 30 000 km/año.*

⁶⁰¹ No sólo hay pocos fabricantes de locomotoras nuevas, sino que además se necesitan, como mínimo, alrededor de dos años para servir un pedido de locomotoras. Es mucho más eficiente económicamente hablando alquilar o comprar locomotoras de segunda mano específicas para la red ferroviaria por la que se quiere circular, pues muchas veces no sirven para circular en otra red ferroviaria. Como hemos visto en el cap. I, epígrafe IV-6, respecto a la experiencia británica y en particular, los ROSCOs, uno de los grandes éxitos en la liberalización del sector ferroviario, también en Alemania, es la utilización del leasing como modelo para compartir y flexibilizar los riesgos financieros de la inversión en material rodante. En la Comunicación de la Comisión «Facilitar la circulación de locomotoras en la Comunidad», de 13.12.2006, (COM (2006) 782 final) se dice textualmente, pág. 8: «Por lo que respecta a las locomotoras y unidades múltiples, para obtener una autorización de entrada en servicio en otro Estado miembro las locomotoras en uso deben demostrar que cumplen las prescripciones nacionales de ese Estado miembro. Dichas prescripciones nacionales incluyen especificaciones y normas relativas a la compatibilidad con la infraestructura, así como requisitos de seguridad específicos. Las infraestructuras ferroviarias de los distintos Estados miembros tienen características diversas, por ejemplo, de gálibo, de interferencia electromagnética, de tensión de la alimentación de tracción y de sistemas de mando y control. Los requisitos nacionales de seguridad específicos se apoyan en características técnicas nacionales y reflejan también las lecciones históricas aprendidas de los accidentes e incidentes que se han producido en los diversos Estados miembros. Sin embargo, los criterios nacionales detallados para demostrar el cumplimiento de las normas de seguridad varían enormemente. A pesar de ello, el nivel de seguridad ferroviaria no difiere mucho entre los Estados miembros, lo que indica que el planteamiento en materia de seguridad es comparable entre los ferrocarriles nacionales. En algunos Estados miembros siguen apareciendo nuevas normas técnicas y de seguridad, que se encuentran en fase de detección, documentación y publicación, en cumplimiento de las directivas de interoperabilidad y seguridad ferroviaria. Sin embargo, una evaluación preliminar de dichas normas ha revelado divergencias significativas en cuanto a la interpretación de lo que es una norma nacional de seguridad, así como omisiones de notificación

De este modo, si somos un competidor potencial nos encontraremos con importantes barreras de entrada al mercado⁶⁰², pudiendo quedar disuadido de hacerlo si el único proveedor de locomotoras de segunda mano⁶⁰³ se deshace de las mismas abusando de su posición de dominio frente a clientes potenciales que, por esta misma razón, no han podido convertirse en competidores efectivos. El abuso ciertamente es explotativo⁶⁰⁴, pero ha afectado a la competencia potencial o residual, eliminándola completamente. Por ello, la tipificación del abuso explotativo también es necesaria para salvaguardar la estructura competitiva de un mercado, es decir, complementa la represión del abuso anticompetitivo, por cuanto tiene una función correctora de la ausencia de competencia (concretamente, en las situaciones de monopolio) porque protege a la competencia potencial o residual que deviene esencial por ser la única fuerza de presión competitiva que queda en el mercado.

En cualquier caso, se reserva la persecución del abuso explotativo a los supuestos más graves, cuando se afecte notoriamente al interés general en el buen funcionamiento del mercado, trascendiendo el interés privado de las partes. No obstante, a nivel nacional se recoge la teoría del contratante obligatorio o situación de dependencia económica⁶⁰⁵, pero se podría llegar a aplicar el art. 102 sobre la base de la posición de dominio relativa a supuestos muy particularizados si afectaran al mercado interior comunitario.

de las normas por distintos motivos, por ejemplo, cuando se considera que las normas están sujetas a derechos de propiedad intelectual. En consecuencia, se sigue adoleciendo de una falta de visibilidad completa de las normas nacionales vigentes en materia de aprobación de material rodante en la UE. Ello plantea a fabricantes y empresas ferroviarias problemas adicionales cuando intentan obtener autorización para el uso de material rodante nuevo o en servicio, debido al riesgo de incorporar los requisitos nacionales específicos demasiado tarde al proyecto del vehículo, con los consiguientes retrasos o costes suplementarios a la hora de poner en servicio el material rodante”.

⁶⁰² Véase en la nota al pie 533 la clasificación de las barreras de entrada en el sector ferroviario español.

⁶⁰³ En 2012 el mercado ferroviario español también cuenta con *Alpha Trains*, con oficina en Madrid, como proveedor de material rodante para alquiler financiero o leasing, sin embargo, su suministro de material de nueva fabricación para el mercado nacional es por encargo y, por tanto, queda muy lejos del de Renfe-Operadora.

⁶⁰⁴ También se han dado otros abusos de explotación que afectan a la apertura del mercado de servicios ferroviarios relacionados a la competencia, y que se analizan en el capítulo IV, epígrafe V-3.

⁶⁰⁵ La situación de dependencia económica o posición de dominio relativa la hemos analizado anteriormente en el epígrafe IV-4. Esta figura se recoge en Alemania desde 1973, y en España a partir de la Ley de defensa de la competencia de 1989, por su modificación llevada a cabo por la Ley 52/1999 de 28 de diciembre, en su art. 6-2, f) y g) LDC, apartados que han sido eliminados del art. 2 de la nueva LDC de 15/2007.

PADILLA & AHLBORN dicen que “sólo se han enjuiciado un pequeño número de abusos explotativos bajo la legislación comunitaria⁶⁰⁶. Sin embargo, el Derecho comunitario contrasta con la política US de la Sección 2 del Sherman Act: las empresas en US, que han legalmente adquirido poder de monopolio tienen derecho a explotarlo; el concepto de abusos explotativos no existe”⁶⁰⁷.

Para la valoración de la gravedad del abuso explotativo se tendrán en cuenta:

- el carácter indispensable de los productos o servicios;
- la importancia de los productos y servicios en la economía;
- el grado de dependencia económica;

⁶⁰⁶ PADILLA, J. y AHLBORN, C.: “From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law” en *European Competition Law Annual 2007*, citan como tales: Caso 27/76 *United Brands* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978); Caso 26/75 *General Motors* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975); Caso 226/84 *British Leyland* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de noviembre de 1986). También Caso COMP/36.568, *Scandlines Sverige v Port of Helsingborg*, *Decision de 23 de julio de 2004*, en: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/36568/reject_en.pdf (último acceso 14 marzo 2006).

⁶⁰⁷ En una monografía publicada en 1970 de JOLIET, R.: *Monopolization and Abuse of Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Martinus Nijhoff, La Haya, (véase su pág. 131) -cuando todavía el TJCE no había juzgado ningún caso en base al art. 102 TFUE (en la numeración actual del Tratado de Roma)-, René Joliet comparó la formulación y significado de la Secc. 2 del Sherman Act y del art. 102, concluyendo que el art. 102 se limitaba a la expresión de la punición de abusos explotativos, y por ello no se extendía a la conducta anticompetitiva[□]. En 1986, y basándose en los primeros casos examinados por el TJCE en la aplicación del art. 102, estableció claramente su aplicabilidad a los abusos excluyentes. Eleanor Fox comparó el art. 102 y la Secc. 2 Sherman Act conceptualmente y llegó a la conclusión de la existencia de cierta predisposición en la aplicación del Derecho de la competencia comunitario a proteger los intereses de aquellos que tenían relaciones comerciales con empresas dominantes, en vez de proteger la libertad de acción de las mismas empresas dominantes (como también lo dice SCHWEITZER, H. en “The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC”, Hart Publishing, Oxford, 2007). Continúa la autora diciendo que la jurisprudencia en relación con el art. 102 revela deficiencias “típicamente europeas”, así se denota una tendencia regulatoria o intervencionista. Son frecuentemente citados como prueba de lo anterior, la cobertura de los abusos explotativos y el enfoque europeo hacia la negativa de suministro. Más adelante también estima esta autora, en referencia a las negociaciones para la redacción del TCEE en 1957, que “el hecho de que la lista de ejemplos de posibles abusos incluyera los abusos explotativos (vease Art. 82(a))... (-la idea de la implementación de reglas de competencia que cubrirían abusos explotativos-) pudo ser vista incluso como un movimiento ‘desregulatorio’”. El concepto de abusos explotativos salvaba un instrumento de intervención, pero – y ésto era nuevo – lo unía a los conceptos de política de competencia. Incluso para los delegados liberales, orientados hacia una economía de mercado, un control limitado de los precios excesivos u otros abusos explotativos podría haber parecido aceptable en un ambiente de mercado en el que muchas de estas empresas dominantes habían logrado su posición de dominio con la ayuda de los gobiernos, por e.j., a través de privilegios y protección gubernamentales, como era característico del período después de la guerra”... Es obvio, sin embargo, que los ejemplos en el art. 82 intentaron representar a ambos abusos explotativos y exclusionarios. Así, incluso el art. 82(a), el cual prohíbe “precios discriminatorios”, estaba dirigido no sólo contra precios discriminatoriamente altos sino también discriminatoriamente bajos, i.e., precios predatorios, los cuales son eminentemente explotativos.

- el impacto que la conducta o la ineficiencia puede tener en el mercado.

Estos requisitos acercan el abuso explotativo a la EFD/DRE. De hecho, en toda situación de negativa de acceso (o en condiciones discriminatorias de acceso) a un recurso esencial existe un abuso de explotación frente al cliente o proveedor del propietario o gestor del recurso esencial.

Por otra parte, desde otra perspectiva, únicamente se recurrirá al abuso explotativo cuando el control de la estructura de mercado no sea posible o sea claramente inconveniente⁶⁰⁸. Parece, pues, reducirse el abuso explotativo a supuestos de causalidad inmediata, es decir, a conductas que sólo pueden ser desarrolladas por monopolios⁶⁰⁹.

Por ser la industria ferroviaria un mercado dominando por monopolios es muy lógico que tiendan a abusar de su poder a través de abusos de explotación, sin la suficiente entidad para afectar por sí mismos a la estructura competitiva del mercado como tal. Hay que destacar que, en teoría, la negativa de suministro sin una justificación objetiva o la negativa de acceso a un recurso esencial constituye un abuso explotativo puro porque dicha negativa, en sentido estricto, no tendría efecto alguno sobre la competencia estructural, ya que ésta falta totalmente en el mercado. El único afectado por la negativa es un usuario que se ve privado de un servicio indispensable sin una justificación legítima.

De ahí, que se exija a las empresas dominantes una responsabilidad cualificada porque no están sujetas a la misma presión de las fuerzas de la competencia, a diferencia de un empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente.

Asimismo, el recurso a la figura del abuso explotativo puede ser un instrumento útil en manos de las autoridades antimonopolio para corregir prácticas abusivas a clientes y proveedores o para disuadir a aquellas empresas que, aunque bajo control regulatorio, al quedar atrapado el regulador, disfrutan de una posición de dominio no justificada (o no ganada por méritos propios). La reprensión de esta categoría de abusos, por tanto, puede

⁶⁰⁸ Este es el caso cuando el administrador de la infraestructura ferroviaria no forma parte de la misma compañía que el operador de los servicios de tren.

⁶⁰⁹ Las situaciones de recursos esenciales son situaciones monopolistas por antonomasia, el gestor o propietario del recurso, por ser esencial, es el único operador del mercado. Por ello, hay algunos autores que consideran que sólo en casos de monopolio natural puede aplicarse la EFD/DRE. Se desarrollaran estas cuestiones a lo largo de los cap. IV y V.

llegar a actuar como un verdadero mecanismo indirecto de desconcentración del poder de mercado.

En suma, la figura del abuso explotativo evita en cierta medida la regulación de un mercado, al dar solución a los problemas de abuso desde posiciones monopolistas frente a proveedores y clientes que no tienen la entidad suficiente para afectar a la competencia estructural en ese mercado.

6. POSICIÓN DE DOMINIO COLECTIVA Y OLIGOPOLIOS

6.1. Concepto de posición de dominio colectiva

Hay mercados en que ninguna empresa posee el poder de mercado suficiente para ser considerada un monopolio, pero a veces el comportamiento conjunto de varias empresas resulta similar al de una empresa monopolista.

En efecto, para que varias empresas detenten colectivamente una posición de dominio se hace imprescindible que se presenten en el mercado como una única entidad o que adopten una misma línea de comportamiento⁶¹⁰. Entonces, estaremos en presencia de una “posición de dominio colectiva”.

El estudio de la “posición dominante colectiva” es de nuestro interés, puesto que no sólo una empresa, sino varias empresas que detentan una posición de dominio conjunta en un mercado pueden asimismo controlar un recurso esencial, respecto al cual tienen el poder de restringir o impedir el acceso al mismo, de este modo, produciéndose un cierre de mercado que afecta negativamente a la estructura competitiva de dicho mercado. Este es el caso que se dio precisamente en el primer asunto al que se aplica la doctrina de los recursos esenciales, como veremos en el siguiente capítulo, el asunto *Terminal Rail Road Association*⁶¹¹.

⁶¹⁰ Constituyen una sola empresa cuando éstas se definen como una unidad económica en el mercado, la cual viene determinada no por la personalidad, sino por la ausencia de autonomía de cada una en la determinación de su actuación en el mercado. Lo determinante no es la mayoría de la participación en el capital de una empresa sobre otra, la composición del Consejo de administración, o el modo como una empresa influencia a otra o el alcance con que la filial sigue las instrucciones de la matriz, es sobre todo, necesario que, además, las empresas del grupo sigan esencialmente las instrucciones de la empresa líder.

⁶¹¹ Véase epígrafe II. 1. 1) del capítulo IV. Aunque este asunto se resolvió bajo la Sección I del Sherman Act; al respecto, nos remitimos al subapartado final de este epígrafe 6., en el que hacemos “Referencia a la legislación americana de la competencia en cuanto a los oligopolios”.

Recordemos que el art. 102 TFUE establece que “Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida..., la explotación abusiva, *por parte de una o más empresas* de una posición dominante...”. Por tanto, el abuso puede derivarse del comportamiento tanto de una como de varias empresas. Una vez más, sin embargo, el art. 102 no establece una definición de la posición de dominio colectiva ni los abusos que puedan derivarse de ella. Asimismo, su definición y delimitación se relaciona directamente con la figura de los oligopolios. Ahora bien, en el Derecho de la Competencia de la Unión la posición de dominio colectiva se sitúa bajo el art. 102, mientras que en los mercados organizados en forma de oligopolio pueden darse conductas reprobables por cualquiera de las tres áreas del Derecho de la Competencia comunitario.

6.2. Problemática de los mercados oligopolistas

Como es sabido, los mercados oligopolísticos se caracterizan por la existencia de un número reducido de competidores con un alto grado de interdependencia entre ellos debido a la existencia de vínculos y/o las propias características del mercado de referencia. Todos los oligopolistas saben que un aumento de la propia cuota de mercado sólo puede realizarse a costa de las cuotas de los demás oligopolistas, lo que genera rivalidad entre ellos. De este modo, ante esta situación, las empresas oligopolistas pueden adoptar dos actitudes:

- Competir entre ellas para acrecentar sus cuotas a costa de las demás, lo que tendrá como consecuencia que no sea posible predecir cuál será la reacción de los demás rivales, pues estarán actuando competitivamente. Se darán estrategias enfrentadas y una tendencia a buscar el precio competitivo.
- Conformidad en el reparto, eliminando o mitigando la rivalidad y buscando la maximización conjunta de los beneficios. Se dará un paralelismo de las conductas de las empresas oligopolistas que tiende a fijar un precio monopolístico, aproximándose el mercado en su funcionamiento y resultados al monopolio⁶¹².

⁶¹² Cuando se da esta segunda opción, caben a su vez tres posibilidades dependiendo de los vínculos existentes entre las empresas oligopolistas:

1. Las empresas pertenecen a un mismo grupo empresarial y las filiales siguen las instrucciones de la matriz (vínculos estructurales): Cuando la matriz y sus filiales actúan como una unidad económica en el mercado, pueden ser calificadas como una sola empresa y directamente aplicarse el art. 102, pero cuando los vínculos existentes entre ellas no son suficientemente importantes para ser vistas como una sola empresa es el efecto conjunto de estas empresas lo que define la posición de dominio y el abuso. En la aplicación del art. 102 a grupos

Desde luego el primer tipo de comportamientos, actuar competitivamente, es el objetivo del Derecho de la competencia, contribuyendo en última instancia al beneficio del consumidor. Pero la cuestión que, sin duda, se plantea es si el segundo tipo de conductas, que se dan muy frecuentemente en la realidad de los mercados, constituyen una infracción del Derecho de la Competencia. En otras palabras, ¿debe ser sancionable la colusión tácita o paralelismo consciente?

Este paralelismo o colusión tácita es la consecuencia de la interacción de las conductas de las empresas facilitado por las peculiares características estructurales de algunos mercados oligopolísticos. Cada empresa decide qué hacer independientemente, en el sentido de que no se consulta con los rivales, pero sus decisiones son inter-dependientes porque perciben la rentabilidad de su elección, la cual depende de su estimación de cómo los rivales responderán a cada acción que tomen. Para ello, dichas empresas deben disfrutar colectivamente de un poder de mercado⁶¹³. Se da cuando relativamente pocas empresas controlan el mercado, reconociendo su interdependencia, con la consecuencia que cada una puede reducir su producción con el fin de establecer un precio cercano al monopolista⁶¹⁴. Si ninguna empresa está realmente en condiciones de imponerse a sus rivales, se acabará produciendo un alineamiento ascendente de precios que no tardará

de sociedades, el TJCE ha atribuido a veces la responsabilidad por la actuación de las filiales a la sociedad madre, declarando que es ella la que había incurrido en el abuso de posición dominante (STJCE de 21 de febrero de 1973, caso *Continental Can*), mientras que en otro caso optó por declarar que el abuso había sido cometido conjuntamente por las empresas del mismo grupo (STJCE de 6 de marzo de 1974, Caso *Instituto Chemioterapico Italiano*). Un ejemplo claro en el sector ferroviario lo constituiría el holding alemán *DB*.

2. Las empresas son independientes y el paralelismo se debe a una colusión entre ellas (vínculos contractuales o económicos): Una posición de dominio o su abuso puede descansar sobre un acuerdo o una práctica concertada entre varias empresas independientes, sin que exista, por tanto, una sola unidad económica, por lo que sólo las une el acuerdo o la práctica. En este caso, pueden surgir problemas de concurrencia normativa entre los arts. 101 y 102.

3. Las empresas son independientes y se da un paralelismo no colusorio, aunque consciente derivado de la peculiar estructura del mercado (Vínculos oligopolísticos): En este caso el paralelismo de conductas entre las empresas independientes y la consiguiente monopolización no obedecen a un acuerdo o práctica concertada, por lo que no puede aplicarse el art. 101, el cual exige para poder reprimir un paralelismo de conductas restrictivo la existencia y prueba de alguna forma de acuerdo entre las empresas implicadas, por mínimo que este sea.

⁶¹³ Sobre todo, si pretenden subir los precios por encima de su nivel competitivo. Asimismo, y como ya sabemos, al igual que sucede en mercados monopolistas, también para garantizar la duración del oligopolio son necesarias elevadas barreras de entrada en el mercado en cuestión.

⁶¹⁴ El precio monopolista será aquel que excede por encima del precio marginal. El precio competitivo es el precio que iguala al coste marginal. Sin embargo, las empresas que actúan en competencia perfecta no establecen sus precios por encima de los costes marginales ni obtienen beneficios por encima del coste del capital.

en fijar el precio por encima del que resultaría en una situación de auténtica rivalidad, lo que produce un resultado monopolista, sin que haya habido concertación.

El paralelismo consciente o colusión tácita se deriva de una situación económica que crea una solidaridad objetiva entre los miembros del oligopolio. No puede prohibirse a las empresas oligopolistas anticiparse o adaptar sus conductas a las de sus competidores, cuando ello no deriva de un acuerdo, sino de la observación autónoma del mercado. Ahora bien, cuando de ese paralelismo surja una unidad de acción capaz de obstaculizar una competencia efectiva, generando así una posición de dominio colectiva o monopolio compartido, y que por faltar la prueba de una concertación no pueden aplicarse las normas anti-cartel, se aplicará la norma que regula el abuso de la posición de dominio colectiva.

Para que se dé la posición de dominio colectiva debe darse el paralelismo (la unidad de acción) más unos vínculos jurídicos o económicos que lo expliquen. Son las particulares características del mercado oligopolista las que generan unos vínculos económicos creadores de una fuerte interdependencia y una solidaridad de hecho que da lugar al paralelismo consciente. Ejemplo de algunas características estructurales del mercado que facilitan el paralelismo de conductas, puede ser: el grado de concentración (a mayor concentración, mayor facilidad para el paralelismo); grado de homogeneidad de los productos relevantes (cuanto más homogéneos los productos, mayor la tendencia a la uniformidad de comportamientos); de transparencia (cuanto más transparente, mas fácil es el alineamiento de conductas); la movilidad (cuanto mayores sean las barreras a nuevos competidores, menor será la competencia potencial y mayor la probabilidad de alineamientos oligopolistas duraderos); la ausencia de productos sustitutivos o una baja elasticidad de la demanda son facilitadores del paralelismo; el grado de madurez del mercado (cuanto mayor sea la madurez y menor el margen para la innovación, mayor será la probabilidad de paralelismo); etc.

Lo dicho hasta ahora respecto a los mercados oligopolistas nos lleva inexorablemente a plantearnos la cuestión de si *paralelismo consciente* y *colusión tácita* en un mismo fenómeno. Aunque en un principio ambos términos puedan parecer sinónimos, la colusión tácita deriva de vínculos existentes entre las empresas, ya sean estos económicos, contractuales e incluso derivados de las específicas características de los mercados oligopolísticos; mientras que el paralelismo consciente, si no implica un comportamiento colusorio, puede llegar a surgir únicamente por las características

propias de los mercados oligopolistas. Como veremos mas adelante, en la más reciente jurisprudencia se ha planteado el castigo de este tipo de conductas basadas únicamente en vínculos oligopolísticos, pero sin llegar al tipo de conductas interdependientes no-colusorias⁶¹⁵.

El análisis jurídico de estas conductas de colusión tácita o paralelismo consciente viene unido a la evolución en la jurisprudencia del concepto de posición dominante colectiva.

6.3. Evolución en la jurisprudencia comunitaria del concepto de posición dominante colectiva.

A) Art. 101 TFUE. Obviamente un cartel o un acuerdo colusorio no constituyen una colusión tácita, pero la delimitación no es tan clara respecto a las prácticas concertadas. Aunque en un principio pueda pensarse que una práctica concertada pueda albergar el paralelismo consciente o el liderazgo de precios⁶¹⁶, la propia definición de práctica concertada implica que haya habido una sustitución deliberada de la competencia por la cooperación, lo que significa que debe haber alguna forma de consentimiento mental por el que las empresas acepten mutuas obligaciones. Es precisamente la ausencia de este mínimo consentimiento o colusión el que diferencia el puro paralelismo de la práctica concertada⁶¹⁷.

La sentencia del TJCE de 1975 conocida como "Suiker Unie"⁶¹⁸ ya indicó que la *práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que sin haber desembocado en la celebración de un acuerdo propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas*. Por tanto, aunque en un principio en

⁶¹⁵ Al respecto, véase más adelante el asunto *Impala* en sede de concentraciones, especialmente párr. 251 y 252 de dicha sentencia de 10 de julio de 2008 y nota al pie 627, y el asunto *Compagnie Maritime Belge* en el marco del art. 102 TFUE, especialmente su párr. 45, vease nota al pie 640.

⁶¹⁶ En referencia a que a la subida de precios por parte del líder del oligopolio le siguen la subida de precios del resto de los componentes del oligopolio.

⁶¹⁷ VALENZUELA GARACH, J.: "Relaciones entre obstaculización de la competencia y el concepto de posición dominante", en Font Galán, J.I. y Pino Abad, M. (coord.) *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, 2005, pág. 474, "Ahora bien, si la actuación dominante de las empresas se debe a la celebración de acuerdos u otras prácticas colusorias que tiendan a obstaculizar la competencia, nos encontraríamos ante conductas multilaterales (a las que se refiere el art. 81 TCE), más que ante una situación de posición dominante en un determinado mercado. ...los oligopolios lícitos por esencia, pasaran a ser sancionados exclusivamente cuando de ellos deriven abusos de posición dominante colectiva".

⁶¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros contra Comisión*, Asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, (Rec. 1975 pág. 1663, párr. 451).

la evolución de la jurisprudencia no estuvo tan claro, un comportamiento paralelo no es, de por sí, una práctica concertada, lo que excluye al primero de la aplicación del art. 101. Todo lo más, el comportamiento paralelo puede ser una fuerte evidencia de una práctica concertada cuando conduce a condiciones competitivas que no responden a las características del mercado, como en el asunto *Dyestuffs*⁶¹⁹, ya que no se condena el comportamiento paralelo que sea una reacción lógica a las características del mercado⁶²⁰.

B) Reglamento de control de concentraciones. El control de concentraciones se configura como una forma de prevenir la creación o refuerzo de posiciones dominantes. El control más efectivo es de carácter preventivo y se realiza *ex ante* desde el control de las concentraciones económicas, al prohibirse las concentraciones de empresas que contribuyan a generar o reforzar posiciones de dominio individuales o colectivas, que impidan significativamente la competencia efectiva al constituir mercados altamente concentrados⁶²¹.

Donde más se ha desarrollado y más claramente se puede ver la evolución de la jurisprudencia de la posición de dominio colectiva es en sede de control de concentraciones. La primera Decisión de la Comisión por la que se aplica el concepto de posición dominante colectiva en sede de control de concentraciones es la Decisión de la Comisión *Nestlé/Perrier*⁶²². En ella la Comisión concluía que el Reglamento de control de concentraciones permitía denegar una autorización de concentración si producía como consecuencia la creación o refuerzo de una posición de dominio colectiva. El hecho de que la posición dominante resultante no fuera individual sino colectiva no hacía inaplicable al Reglamento.

⁶¹⁹ Asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries (ICI) c/ Comisión*, (Rec. 1972 pág. 619).

⁶²⁰ En la STJCE (Sala Quinta) de 31 de marzo de 1993 en los asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, (Rec. 1993 pág. I-1307), más conocida como *Woodpulp* o “pasta de papel”, el TJCE manifestó que si la conducta anticompetitiva puede explicarse como el resultado de reacciones económicamente racionales de los oligopolistas no será de aplicación el art. 101. Consideró que la concertación de precios no era la única explicación para el paralelismo de comportamientos y que el paralelismo de los precios y su evolución encontraban una explicación satisfactoria en las tendencias oligopolistas de los mercados, así como en las circunstancias particulares de determinados periodos.

⁶²¹ Sobre este tema véase LITZELL, M.: “The Appraisal of Collective Dominance under the Clarified Substantive Test of the New EC Merger Regulation – A step towards greater global convergence of merger control?” *ELSA SPEL* 2005(1), puede consultarse en http://www.elsa.org/fileadmin/user_upload/elsa_international/PDF/SPEL/SPEL05_1_MARIA_LI_TZELL.pdf, último acceso 1 de febrero de 2012.

⁶²² Decisión 92/553/CEE, de la Comisión, de 22 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (Asunto IV/M.190 - Nestlé/Perrier) (*DO L* 356 de 5.12.1992, p. 1/31).

En este campo, asuntos tales como *Kali & Salz*⁶²³, *Gencor*⁶²⁴ y *Airtours*⁶²⁵ van marcando la evolución de la posición dominante colectiva. En *Airtours*, el TPI, por primera vez, anula la Decisión de la Comisión en la que se declaraba la concentración incompatible con el derecho comunitario. El párrafo 61 de esta Decisión sintetiza lo que hemos visto hasta ahora sobre el desarrollo de esta figura: *Por consiguiente, puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE (véase, en este sentido, la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, apartado 277), y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo.*

Sin embargo, el TPI en *Airtours* declaró que la Comisión no acreditó en su Decisión que existiera una probabilidad significativa de coordinación tácita en el mercado resultante de un cúmulo de factores económicos, puesto que no bastaba con acreditar únicamente que la concentración conducía a la reducción del número de competidores. Además con esta sentencia se establecen tres requisitos necesarios para que pueda crearse una situación de posición dominante colectiva (párrafo 62):

⁶²³ STJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, *República Francesa y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, (Rec. 1998 página I-01375), que tiene por objeto que se anule la Decisión 94/449/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (Asunto n° IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (DO 1994, L 186, p. 38).

⁶²⁴ Sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999, en el Asunto T-102/96, *Gencor Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*. (Rec. 1999 pág. II-753).

⁶²⁵ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002 en el Asunto T-342/99, *Airtours plc contra Comisión de las Comunidades Europeas*, (Rec. 2002 pág. II-2585).

— En primer lugar, hace falta que todos los miembros del oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción. (*Criterio de transparencia del mercado*⁶²⁶).

— En segundo lugar, es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado porque únicamente si todos los miembros del oligopolio dominante mantienen un comportamiento paralelo pueden beneficiarse de él. Este requisito incluye que puedan darse represalias en el supuesto de que una conducta se desvíe de la línea de acción común. (*Criterio de la existencia de mecanismos de represalia*).

— En tercer lugar, debe esperarse que la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no cuestionará los resultados esperados de la línea de acción común. (*Criterio de sostenibilidad de la acción común*).

La reciente sentencia conocida como *Impala*⁶²⁷ marcó un hito importante al ser una de las raras ocasiones en que el TJCE se pronuncia sobre el concepto de posición de dominio colectiva en el marco de control de concentraciones⁶²⁸. Si bien, el TPI pretendió una reformulación del concepto de posición de dominio colectiva⁶²⁹, la sentencia del

⁶²⁶ Surge aquí la cuestión de las “prácticas facilitadoras”, ya que una de las características principales de éstas es que incrementan la transparencia del mercado al reducir la incertidumbre a la que los oligopolistas se tienen que enfrentar en relación con las intenciones de sus competidores.

⁶²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de julio de 2008, Asunto C-413/06 P: *Bertelsmann AG, Sony Coporation of America c/ Comisión de las Comunidades Europeas, Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale), Sony BMG Music Entertainment BV*, (DO C 223 de 30.8.2008). Se trata de un Recurso de casación frente a la anulación por el TPI de una Decisión 2005/188/CE de la Comisión de 19 de julio de 2004 que declaraba una concentración compatible con el mercado común (Asunto COMP/M.3333). La Sentencia del TPI es de 13 de julio de 2006 en el Asunto T-464/04, *Independant Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, (Rec. 2006 pág. II-2289). A resultas de la sentencia del TJCE, que exigió a la Comisión una nueva reevaluación de los potenciales efectos anticompetitivos de la operación, la Comisión Europea confirmó la autorización de la concentración mediante una nueva Decisión de 3 de octubre de 2007 (documento 03/X/2007, C(2007) 4507, el texto completo se puede consultar en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3333_20071003_590_en.pdf, por lo larga que es, se publicó un resumen oficial el 16 de abril de 2008 en el *DO C 2008 n° 94*, pp. 9 y ss). Por último, *Impala* vuelve a recurrir esta segunda Decisión en el Recurso interpuesto el 13 de junio de 2008, *Impala c/ Comisión* (Asunto T-229/08) que da lugar al Auto del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 2009, que sobresee el recurso por desaparición del objeto del litigio, (DO C 205 de 29.8.2009, p. 37/38).

⁶²⁸ Como pone de manifiesto CHARRO NICOLAS, P.: “Derecho de Defensa de la Competencia Internacional y Comunitario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, 2011, n° 9, pág. 335.

⁶²⁹ El TPI, sin negar la validez de los criterios sentados con *Airtours*, pareció ampliar el concepto de posición dominante colectiva al incluir para la valoración de una posición dominante colectiva el conjunto de indicios y de elementos probatorios relativos a los signos, manifestaciones

TJCE, (ya que el fallo del TPI fue apelado), no clarifica de manera definitiva el concepto, aunque sí supuso la confirmación de la validez de los criterios tradicionales definidos en *Airtours* para entender que existe dicha posición de oligopolio dominante.

Pero de *Impala* también cabe deducir una línea doctrinal novedosa que añade otra perspectiva al tema de los oligopolios. Como pone de manifiesto MEZZANOTTE⁶³⁰, y aunque en sede de concentraciones⁶³¹, “*del pronunciamiento del TJCE parece inferirse que el concepto de la entidad colectiva puede incluir un escenario de colusión tácita, pero excluir uno de interdependencia económica no-colusoria.*”

Para explicar esta aseveración tenemos que partir de la distinción entre “colusión tácita” e “*interdependencia económica no-colusoria*”. La colusión tácita, como hemos visto en este mismo epígrafe, consiste en la sustitución de los riesgos de la competencia por una coordinación de las empresas sin que haya habido ningún tipo de concertación ni ningún tipo de comunicación entre dichas empresas mientras coluden o están en proceso de coludir. Sin embargo, la *interdependencia económica no-colusoria*, que puede darse en los mercados oligopolistas, conlleva un tipo de rivalidad, incluso una competencia enérgica (“vigorous competition”). Una empresa compite fuertemente cuando maximiza los beneficios a corto plazo en un contexto donde sus propias acciones reflejan las acciones de sus rivales. La competencia enérgica puede constituirse como el umbral que marca la competencia en los oligopolios. Mientras que la colusión trae beneficios monopolísticos y conlleva una pérdida neta importante en el bienestar social, la competencia enérgica supone precios menores que los monopolistas aunque mayores que los precios establecidos competitivamente, y al mismo tiempo, el bienestar del consumidor se reduce menos que en la colusión (aunque más que en competencia perfecta). Si la línea jurisprudencial seguida hasta ahora parece asimilar ambos conceptos, sin embargo, se asevera que estas conductas difieren en tipo, grado de rivalidad y efectos de bienestar,

y fenómenos inherentes a la existencia de una posición dominante colectiva, como por ej. una estrecha alineación de los precios a largo plazo. Es decir, pruebas indiciarias indirectas, que podrían bastar, a falta de explicación más razonable, para demostrar la existencia de la posición dominante colectiva, incluso si no hay pruebas directas concluyentes de la existencia de una gran transparencia del mercado, puesto que ésta puede presumirse en tales circunstancias; véase párr. 251 y 252 de dicha sentencia de 10 de julio de 2008. Por supuesto, el TJCE no se pronunció sobre esta posible extensión del concepto de posición dominante colectiva, sino que retoma el análisis tradicional a través de la invocación de su anterior sentencia *Kali & Salz* (párr. 120 y ss).

⁶³⁰ MEZZANOTTE, F.: “Interpreting the Boundaries of Collective Dominance in article 102 TFUE”, *European Business Law Review*, n° 21(4), 2010, pág. 537.

⁶³¹ El autor advierte que habrá que ver las implicaciones que tiene esta perspectiva nueva fuera del área de concentraciones, en concreto, en sede del art. 102 o abuso de posición dominante colectiva.

tema en el que no entró el TJCE en este asunto. En otras palabras, qué nivel de competencia interna debe existir entre las empresas para poder ser consideradas una entidad colectiva dominante⁶³².

C) Art. 102 TFUE⁶³³. Mientras que el Reglamento de Concentraciones condena la creación o fortalecimiento de la posición dominante colectiva, el art 102 castiga el abuso de la posición de dominio colectiva. Recordemos que la posición dominante, ya sea individual o colectiva, sólo se reprende si las empresas abusan de ella. Como hemos visto en el epígrafe IV de este capítulo, la aplicación del art. 102 exige una condición estructural (existencia de una posición dominante de una o más empresas) y otra de comportamiento (abuso de dicha posición dominante). Ahora bien, para acreditar la existencia de una posición dominante colectiva se ha de demostrar que las empresas en cuestión están involucradas en una colusión tácita o paralelismo consciente. Es decir, para poder determinar si las empresas aparecen en el mercado como una entidad colectiva o que se comportan como tal, es requisito indispensable en la jurisprudencia comunitaria, la prueba de unos vínculos o elementos económicos que indiquen que existe una conexión e interdependencia entre las empresas afectadas.

⁶³² Precedente de *Impala* en este sentido es el asunto TACA: Decisión de la Comisión C (1998) 2617 de 16 de Septiembre de 1998, *Trans-Atlantic Conference Agreement* (asunto IV/35.134, DO L 95 de 9.4.1999), que fue recurrida ante el TPI, dando lugar a la sentencia de 28 de febrero de 2002, asunto T-18/97, *Atlantic Container Line and others c/ Comisión* (Rec. 2002, pág. II-1125) porque a diferencia de anteriores casos, en TACA el TPI aborda la cuestión de si para considerar una entidad como colectiva ha de acreditarse que las empresas económicamente independientes que forman esta entidad no compiten entre ellas. De acuerdo con este pronunciamiento la tarifa fijada en TACA para los trayectos terrestres demostraba que sus miembros no competían realmente entre ellos. Si las empresas que conformaban TACA, cualquiera que fuesen los vínculos entre ellas, competían en los precios y lo hacían con tal extensión y rigor, entonces no formaban una entidad colectiva. Tal grado de competencia interna evitaba la adopción de una única línea de acción en su conducta. Así TACA viene a añadir como requisito adicional para poder considerar la existencia de una entidad colectiva que las empresas no compiten efectivamente entre ellas, ya que entonces significa que existe colusión entre ellas. Asimismo es interesante resaltar que en este asunto el TPI confirmó la posición de la Comisión en su Decisión en el sentido en que los miembros del TACA abusaron de su posición dominante colectiva al establecer restricciones a la disponibilidad y a los contenidos de los contratos de servicios y al alterar la estructura competitiva del mercado para reforzar la posición dominante del TACA, lo que venía a constituir una violación del art. 102 (a) y (b), como negativa de suministro y restricción a la prestación de servicios de transporte.

⁶³³ Sobre el tema pueden consultarse: HAWK, B.E. y MOTTA, G, "Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem", [Fordham Law Legal Studies, Research Paper n° 1301693](#). También KAPLOW, L. y SHAPIRO, C "Antitrust" *Handbook of Law and Economics*, vol. 2, Elsevier B.V., Amsterdam, 2007, pp. 1073 a 1224. También Geradin, D., Hofer, P., Louis, Fr., Petit, N. y Walker, M. "The Concept of Dominance", *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, College of Europe, Brujas, Julio 2005, pp. 38 a 64. Y también ZYMLER, M.: "Tacit collusion: a solution in search of a problem", *Working Paper Series*, University of Cambridge, 2010, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751545, último acceso a 1 de febrero de 2012.

Sin embargo, esta posición no siempre estuvo tan clara, ya que en un principio el TJCE llevo a cabo una interpretación restringida del art. 102 considerándolo inaplicable a los mercados oligopolísticos. Esto es así porque tardó también en aplicar el concepto de posición dominante a más de una empresa, entendiendo que “*una posición dominante debe, asimismo, diferenciarse de líneas de conducta paralelas, propias de situaciones de oligopolio, en que en estas últimas las conductas influyen unas sobre otras recíprocamente, mientras que en el caso de una posición dominante, la conducta de la empresa que la disfruta se determina, en gran medida, unilateralmente*”⁶³⁴.

Esta situación cambio a raíz del asunto conocido como *Vidro Plano Italiano* (“Italian flat glass”⁶³⁵), ya que abrió la posibilidad a la aplicación del art. 102 a los mercados oligopolísticos, estableciendo como requisito fundamental para demostrar la existencia de la posición dominante colectiva la presencia de vínculos económicos entre las empresas que han de ser acreditados. Sin embargo, aunque la Decisión de la Comisión⁶³⁶ en este asunto concluyó que las tres empresas en cuestión (SIV, FP Y VP) habían infringido los arts. 101 y 102, el TPI, aun reconociendo que unos mismos hechos pueden infringir ambos artículos, dictaminó en este caso que la Comisión no había demostrado que se cumplieran los requisitos del art. 102 ni que las empresas citadas se presentaran como una única entidad⁶³⁷.

⁶³⁴ Como lo expresa el TJCE en el párrafo 39, segundo apartado de la sentencia de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, (Rec. 1979 pág. 461). Además consideramos que puede haber influido la Sección II del Sherman Act estadounidense, que sólo castiga las conductas unilaterales de empresas individuales.

⁶³⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992, en los asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA y PPG Vernante Pennitalia SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, (Rec. 1992 pág. II-1403).

⁶³⁶ Decisión de la Comisión 89/93/CEE, de 7 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (Asunto IV/31.906 - Vidrio plano) DO L 33 de 4.2.1989, p. 44/73.

⁶³⁷ El TJCE continuó con la línea establecida por *Vidrio Plano* con el asunto conocido como *Almelo*, en el que confirmó que el art. 102 engloba la noción de posición dominante colectiva. Asimismo, que los mismos hechos pueden entenderse dentro del marco del art. 101 como del 102. Sin embargo, no llegó a establecer con claridad los requisitos necesarios para considerar una posición dominante colectiva, únicamente que “*las empresas deben estar unidas de tal modo que adopten la misma conducta en el mercado*”, (párr. 42). Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1994, en el asunto C-393/92, *Commune d'Almelo y otros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij*, Petición de decisión prejudicial: Gerechtshof Arnhem - Países Bajos, (Rec. 1994 pág. I-1477).

En esta evolución, llegamos a la sentencia del TPI de 1999, conocida como *Irish Sugar*⁶³⁸, la cual consideramos que resuelve una cuestión muy importante en la esfera de la EFD/DRE. Como hemos visto en el capítulo anterior, la aplicación de esta doctrina es muy útil en la liberalización de industrias del sector público tradicionalmente monopolistas en la UE. Constituían empresas integradas verticalmente, a las que la regulación sectorial últimamente les impone su separación estructural como modo de introducir la competencia en uno de los mercados relacionados verticalmente donde la empresa actuaba. La variedad de estructuras organizativas a que ha dado lugar la liberalización no siempre tienen marco normativo propio para sus conductas posiblemente anticompetitivas en el Derecho anti-trust, lo que en ocasiones puede dar lugar a la existencia de lagunas jurídicas ante ilícitos anti-competitivos. Estas consideraciones las refleja *Irish Sugar* en su párr. 63:

En segundo lugar, la jurisprudencia no contiene ninguna indicación de la que quepa deducir que el concepto de posición dominante colectiva es inaplicable a dos o más empresas que se encuentren en una relación comercial vertical. Como subraya la Comisión, salvo que se acepte que existe una laguna en la aplicación del artículo 82 del Tratado, no se puede tolerar que empresas que se encuentren en una relación vertical, aunque sin estar integradas hasta el punto de constituir una sola y única empresa, puedan explotar de manera abusiva una posición dominante colectiva.

En efecto, las entidades públicas que surgen tras la separación estructural que llevan a cabo muchos monopolios tradicionales, como RENFE, se configuran como empresas totalmente diferenciadas jurídicamente, por lo que, en teoría, desaparece el conflicto de intereses que se daba en los monopolios históricamente integrados al abrir sus mercados a la competencia. Pero, en la práctica, siguen siendo entidades públicas, que aunque separadas verticalmente, siguen manteniendo intereses comunes que es difícil controlar con los habituales instrumentos del Derecho de la Competencia. Por ello, el desarrollo y evolución de figuras como la posición dominante colectiva⁶³⁹ y su virtualidad en los

⁶³⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 7 de octubre de 1999, en el asunto T-228/97, *Irish Sugar plc contra Comisión de las Comunidades Europeas*, (Rec. 1999 página II-2969).

⁶³⁹ De hecho la sentencia *Irish Sugar* continúa con la línea de argumentación del párr. 63 en el sentido de que incluso comportamientos abusivos individuales (y no solo comunes) de empresas colectivamente dominantes pueden constituir una manifestación del abuso de la posición dominante colectiva. Así dice el párr. 66: En efecto, si bien la existencia de una posición dominante colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva. Por consiguiente, los comportamientos abusivos de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva pueden ser tanto comunes como individuales. Basta con que dichos comportamientos abusivos se refieran a la explotación de la posición dominante colectiva que las empresas ocupen en el

mercados oligopolistas, a los que tiende la economía global en la que nos encontramos inmersos, pueden dar lugar a las lagunas que puedan surgir ante nuevas situaciones.

Una última sentencia que merece reflejar en la evolución de la posición de dominio colectiva se da con el asunto conocido como *Compagnie maritime belge transports*⁶⁴⁰. Se trataba de una conferencia marítima llamada CEWAL, que ostentaba una importantísima cuota de mercado⁶⁴¹ en el mercado del transporte marítimo de línea entre el Norte de Europa y África Occidental, aunque gozaba de una exención por categoría en el marco del Reglamento 4056/96. Por la Decisión de la Comisión de 1992 se entendió que los miembros de la conferencia habían vulnerado el art. 101, al haber fijado conjuntamente las tarifas de los fletes marítimos, asumiendo compromisos de no competencia entre ellos, con el objetivo de reservarse el mercado relevante, como consecuencia de los cuales se excluía del mercado a su único competidor *G&C African Liner*, infringiendo también el art. 102.

Con esta sentencia, el TJCE consolida la jurisprudencia anterior en el sentido en el que discutió extensivamente las condiciones para el test legal de la existencia de una posición dominante colectiva en el art. 102, para lo cual se apoyó fuertemente en el concepto de entidad colectiva. Para probar la existencia de una posición dominante colectiva se deben examinar los vínculos económicos o factores que dan lugar a una conexión entre las empresas⁶⁴².

Pero también se pueden deducir de esta sentencia dos líneas de evolución para la figura de la posición dominante:

mercado. ...Por lo tanto, la Comisión podía considerar legítimamente que el comportamiento individual de una de las empresas que ocupaban la posición dominante colectiva constituía la explotación abusiva de dicha posición.

⁶⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P)*, *Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P)* y *Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas*. (Rec. 2000 pág. I-1365).

⁶⁴¹ Si bien en este caso, la cuota alcanzada por CEWAL era de un 90% del mercado, KORAH, V.: *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pag.116, dice que puede considerarse que empresas con una cuota de mercado entre el 20 y el 30 por ciento pueden disfrutar de una dominancia colectiva.

⁶⁴² Véanse los párrafos 41: *Para apreciar la existencia de una entidad colectiva en el sentido que se ha expuesto anteriormente, es necesario examinar los vínculos o factores económicos de correlación entre las empresas afectadas (véanse, en especial, las sentencias de 27 de abril de 1994, Almelo, C-393/92, Rec. p. I-1477, apartado 43, y de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartado 221). Y 42: A este respecto, procede verificar, en especial, si existen vínculos económicos entre las empresas afectadas que les permiten actuar conjuntamente con independencia de sus competidores, de sus clientes y de los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia Michelin/Comisión, antes citada).*

- La posición dominante colectiva no puede surgir de un acuerdo o práctica concertada pues se reprendería en el marco del art. 101, pero puede ser la consecuencia de la naturaleza y términos de un acuerdo o de la forma en que se lleve a la práctica⁶⁴³. De hecho, la Comisión indica que no existe jurisprudencia en contra de la aplicación del art. 102 a una situación resultante de una práctica colusoria⁶⁴⁴.
- Una construcción más amplia de la posición de dominio colectiva, al dejar entrever que la estructura oligopolista de los mercados puede ser suficiente a la hora de considerar el que exista una posición de dominio colectiva, insistiendo además en que interdependencia oligopolística debe analizarse a la luz del art. 102⁶⁴⁵.

Como consecuencia, asimismo es objeto de debate la represión formal de este tipo de conductas colectivas, dándose dos posibilidades:

- la aplicación alternativa de los arts. 101 y 102, teniendo presente que se trata de normas autónomas destinadas a tutelar distintas situaciones sometidas a distintos

⁶⁴³ Véanse los párrafos 43: *Procede destacar que el mero hecho de que dos o más empresas estén vinculadas por un acuerdo, por una decisión de asociaciones de empresas o por una práctica concertada, en el sentido del artículo 81, apartado 1, del Tratado, no puede constituir, en sí, una base suficiente para tal apreciación.* Y 44: *Por el contrario, un acuerdo, una decisión o una práctica concertada (que se beneficie o no de una exención con arreglo al artículo 81, apartado 3, del Tratado) puede, sin lugar a dudas, cuando se aplica, tener como consecuencia que las empresas afectadas estén vinculadas en cuanto a su comportamiento en un mercado determinado de forma que se presenten en dicho mercado como una entidad colectiva respecto a sus competidores, a sus terceros contratantes y a los consumidores.*

⁶⁴⁴ Véase el asunto *Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros c.*, sentencia del TPI de 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados T-24/1993, T-25/1993, T-26/1993 y T-28/1993, (Rec. II-1207 y 1229), párr. 56. Asimismo, en el asunto *Bayer c/ Comisión*, T-41/96 (2000 Rec. II-3383), en el que el razonamiento jurídico del Tribunal basado en el art. 81 TCE se hacía sin prejuzgar la aplicabilidad del art. 82 TCE.

⁶⁴⁵ Véase el párr. 45: *La existencia de una posición dominante colectiva puede, por tanto, derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de aplicación y, en consecuencia, de los vínculos o factores de correlación entre empresas que resultan de ellos. No obstante, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate.* En este punto véase la nota al pie anterior 138 en que se pone de manifiesto la posible evolución de la jurisprudencia en este sentido también en sede de concentraciones.

regímenes jurídicos⁶⁴⁶, pero complementarias al servicio de un mismo sistema de competencia; y,

- aplicación acumulativa de ambas normas. La Comisión es partidaria de la aplicación simultánea siempre que se den los requisitos de aplicación de cada uno de los dos artículos⁶⁴⁷. Incluso la aplicación conjunta puede ser necesaria cuando se ha de declarar la nulidad del acuerdo sobre el que se articula el abuso o la misma posición de dominio colectiva si infringe el art. 101-1 y al mismo tiempo se cumple el supuesto de hecho del art. 102. De otro modo, resultaría imposible dar cabida a toda la situación con la sola aplicación del art. 102, que solo prohíbe el abuso, pero que no anula el acuerdo que ha llevado a la explotación abusiva⁶⁴⁸.

En cualquier caso, en los párr. 43-50 del *Discussion Paper on the Application of art. 82 to Exclusionary Abuses*, la Comisión apunta a la posibilidad de determinar una posición de dominio colectiva en mercados oligopolísticos. Si bien, como hemos visto, este área ha sido mayormente desarrollada bajo el Control de Concentraciones, es evidente especialmente por este *Discussion Paper* y la sentencia en *Compagnie Maritime Belge* que también es relevante para el desarrollo de la posición dominante colectiva en el marco del art. 102.

⁶⁴⁶ Con la sentencia *Compagnie Maritime Belge* hemos visto que la línea divisoria entre ambos artículos puede establecerse si dos o mas empresas pueden impedir el mantenimiento de una competencia efectiva sin tener que recurrir a acuerdos o practicas concertadas.

⁶⁴⁷ En STJCE de 13 de febrero de 1979, caso Hoffman/La Roche.

⁶⁴⁸ Es significativo aquí lo que expone PEEPERKORN, L.: “Commission publishes discussion paper on abuse of dominance”, *Competition Policy Newsletter*, nº 1, 2006, cuando dice que ambos Artículos 81 and 82 del Tratado persiguen, en relación con las prácticas excluyentes, el objetivo de mantener la competencia efectiva en el mercado, y de acuerdo con jurisprudencia consolidada, pueden ser aplicados simultáneamente. Existe además, un solapamiento en la práctica de la clase de situaciones en las que ambos pueden ser aplicados. La coherencia dicta que el artículo 81(3), que exenciona la prohibición del art. 81(1), sea interpretado de modo que excluya cualquier aplicación del mismo, a acuerdos restrictivos que constituyan a su vez un abuso de posición de dominio. Sin embargo, sigue diciendo y aquí está lo interesante, lo opuesto también se mantiene, es decir, una empresa que ostente una posición de dominio se puede beneficiar de una exención bajo el art. 81(3) cuando se cumplan sus requisitos. Por lo tanto, si la conducta de la compañía dominante genera eficiencia y todas las condiciones del art. 81(3) son satisfechas, tal conducta no debe calificarse como abusiva bajo el art. 82, obviamente el nivel de poder de mercado ha de tenerse en cuenta. Exactamente lo que recoge el *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* de dic. 2005, en el punto 8 de su Introducción: “Articles 81 and 82 of the Treaty both pursue, with regard to exclusionary practices, the aim of maintaining effective competition on the market and, according to settled case law, can be applied simultaneously. Consistency requires that Article 81(3) be interpreted as precluding any application of this provision to restrictive agreements that constitute an abuse of a dominant position. However, a company holding a dominant position may also benefit from an exemption under Article 81(3) of the EC Treaty when its conditions are fulfilled. Therefore, if the conduct of a dominant company generates efficiencies and provided that all the other conditions of Article 81(3) are satisfied (see below section 5.3.3), such conduct should not be classified as an abuse under Article 82 of the EC Treaty.”

6.4. Referencia a la legislación americana de la competencia en cuanto a los oligopolios

Por último, me parece interesante en este tema de los oligopolios referirnos a la sistematización que hace la legislación americana de competencia y sus diferencias con la normativa comunitaria, ya que la primera ha influido en la segunda afectando a la configuración actual de la posición dominante colectiva, y a su vez, a la aplicación del EFD/DRE a las situaciones en que se den tales situaciones de posición dominante colectiva.

La Sección primera del Sherman Act, que a grandes rasgos se correspondería con el art. 101 del TFUE, condena *“todo contrato, combinación en forma de organización, o conspiración, que restrinja el comercio...”*. El comportamiento descrito en la Sección 1 de legislación americana se produce a través no solo del acuerdo expreso, sino también cuando las empresas actúan en paralelo, con el conocimiento de dicho paralelismo en su comportamiento y siendo conscientes de que sus rivales cooperaran en la coordinación de su actuación. En el Derecho americano se distingue entre el cartel, que refleja el acuerdo expreso llevado a cabo por sus miembros para restringir el comercio, y el paralelismo oligopolista, que integra el comportamiento interdependiente de unas pocas empresas. Ambos, el cartel y el oligopolio, se recogen en la Sección 1 del Sherman Act.

La letra de la sección 1 del Sherman Act da cabida al comportamiento oligopolístico, mientras que no es así en el art. 101 del TFUE⁶⁴⁹. Asimismo, en el marco del Sherman Act, estas conductas no solo contravienen la Sección 1 sino también la sección 2, la cual condena también a aquellos que conspiran para monopolizar⁶⁵⁰. En cambio, el intento de monopolización, como tal, no existe en la letra del art. 102 TFUE, que castiga la consumación de la conducta, esto es, debe de haber un abuso.

⁶⁴⁹ Como acabamos de ver, es el art. 102 del TFUE el que recoge el comportamiento interdependiente de varias empresas, por vía jurisprudencial. Dice PELLISE CAPELL, J. en *Mercado relevante, Posición de Dominio y otras cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 141: *“...las autoridades antimonopolio no se adentrarían en el art. 82 para controlar los oligopolios colusorios. Sin embargo, la practica comunitaria ha demostrado lo contrario y ha llevado el paralelismo consciente hacia el abuso colectivo.”* Nombra Pellise Capell varias sentencias en este sentido, la mas importante *Compagnie Maritime Belge* (1996), ver pags. 141 a 147.

⁶⁵⁰ Como es de observar, la palabra “conspiración” se repite en ambas Secciones del Sherman Act.

Una estructura de mercado muy concentrada, en la que el número de empresas es muy pequeño o donde un número muy pequeño ostentan una cuota de mercado importante, es indicativa⁶⁵¹ de restricciones en la productividad, precios más altos y ausencia de competencia efectiva. Ahora bien, en el derecho americano el poder de monopolio compartido por varias empresas que ostentan juntas una cuota de mercado dominante no es ilegal, a no ser que hayan conspirado entre ellas para ostentar o mantener esa posición monopolística⁶⁵².

La Sección segunda del Sherman Act, que a grandes rasgos se correspondería con el art. 102 del TFUE, condena “*la monopolización o intento de monopolización, o la combinación o conspiración para monopolizar...*”. La diferencia más notable respecto a la legislación comunitaria sobre este punto es que la Sección segunda únicamente se aplica a actos de empresas individuales, y por tanto no existe la posición dominante colectiva.

Al contrario, en el Derecho comunitario la consideración de un grupo de sociedades como una única entidad supone la no aplicación del art. 101-1 a los acuerdos entre ellas, y se aplica, en cambio, el art. 102 al grupo en su conjunto⁶⁵³, aunque la que haya realizado el abuso no sea la misma empresa líder que ostenta la posición de dominio, y aunque no haya participado directamente en la decisión abusiva, sino que la ha facilitado o no se ha opuesto a ella.

Como hemos referido más arriba, *el intento de monopolización de la sección 2 del Sherman Act* no se incluye en el art. 102 TFUE. Ahora bien, el comportamiento no ético de una empresa que no tiene poder de monopolio no constituye en sí un intento de monopolización en el derecho americano, y ello porque el propósito del Sherman Act es la protección de la competencia, no la prevención de las prácticas desleales de las empresas. Es por ello, que, en el contexto de la UE, surge para las empresas con un importante poder de mercado un deber más riguroso de comportamiento para con el proceso competitivo. La imposición de ese deber más riguroso a esa empresa cuasi

⁶⁵¹ Cuando resultan grandes beneficios durante largos periodos de tiempo en toda la industria oligopolista más que en las empresas individualmente.

⁶⁵² AREEDA P. E. y KAPLOW, L. – *Antitrust análisis: problems, text, cases*. Ed. Little, Brown and Company, Harvard University, 1988, citando el White House Task Force Report on Antitrust Policy (1968), pag. 551, párrafo 330 (c).

⁶⁵³ Siguiendo a la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 sobre la definición del Mercado relevante (97/C 372/03), Punto 11: “*La Comisión sigue el mismo enfoque en su aplicación del artículo 82 del Tratado a las empresas que ejercen, individual o colectivamente, una posición dominante.*”

monopolista se equipararía, en nuestra opinión, a la prevención de intento de monopolización que se encuadra en la sección 2 del Sherman Act, aunque no se recoja textualmente en la letra del art. 102⁶⁵⁴.

Aunque esta cuestión será desarrollada con detalle a lo largo de los capítulos IV y V de este trabajo, baste decir ahora que puede entenderse como intento de monopolización el que una empresa por ser dominante en un mercado intente extender ese dominio a un mercado relacionado, es decir, lo que se denomina en el contexto europeo “*apalancamiento de mercados*”. Esta figura del apalancamiento de mercados es de particular importancia en el ámbito de la EFD/DRE, ya que generalmente se ha aplicado a empresas que operan en dos o mas mercados relacionados, como por ejemplo las empresas ferroviarias.

V. CONTROL DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS⁶⁵⁵

⁶⁵⁴ El deber cualificado de la empresa dominante, que es de creación jurisprudencial, es una obligación positiva en el contexto de la UE, que podría corresponderse en su espíritu con la obligación legal de prohibición de intento de monopolización en el contexto antitrust americano.

⁶⁵⁵ Sobre Control de Concentraciones, véase [BENEYTO PÉREZ](#), J.M., [El control de concentraciones empresariales](#), [Dykinson](#), 2006. BENEYTO PEREZ, J.M. y MAILLO GONZALEZ-ORUS, J.: “Introducción: Una visión general sobre las concentraciones empresariales y su control en España y la Unión Europea”, en J.M. Beneyto Perez, (Dir.) y J. Maillo González-Orus (Coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Instituto de Estudios Europeos, ed. Dykinson, Madrid, 2005. Del mismo libro, DE LA CRUZ FERRER, J. y LLORENTE CABALLERO, A.: “El control de las concentraciones en el sector postal”, pp. 187 a 204. Y también del mismo libro ABEGG, P.: “Concentraciones en el sector del transporte. Transporte intermodal y definición del mercado relevante: algunos ejemplos”, pp. 111 a 125. Véase también CHAPIN, A. y SCHMIDT, S.: “Do mergers improve efficiency? Evidence from deregulated rail freight” en *Journal of Transport Economics and Policy*, Mayo 1999, vol. 33, parte 2, pp. 147-162. MERTENS, P.: “How consistently has the issue of collective dominance been developed under Article 82 and the EC Merger Regulation respectively?”, *Termpaper 2001*, (disponible en <http://www.grin.com/e-book/104011>). LACHMANN, A.: *Mergers & acquisitions: A practical global guide*, Globe Law& Business, Londres, 2007.

Hemos de recordar que la introducción del control de las concentraciones de empresas como área del Derecho de la Competencia viene de la mano del Derecho comunitario derivado. Esta topología no se recoge en los Tratados fundacionales comunitarios como las otras áreas hasta ahora analizadas.

Se introduce, por tanto, el control sobre las concentraciones de empresas o “merger control” por el Reglamento 4064/1989⁶⁵⁶, modificado por el Reglamento 1310/97 y complementado por el Reglamento 447/98. Dicho Reglamento ha estado vigente hasta el 30 de abril de 2004, siendo sustituido posteriormente por el Reglamento 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, en vigor desde esa fecha⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ El Tratado de Roma no incluye ninguna previsión relacionada con el control de las concentraciones. Hasta el año 1989, fecha de la aprobación del primer Reglamento comunitario en materia de control de concentraciones (Reglamento 4064/89, DO L 395/1 de 1989), la Comisión aplicó el artículo 102 TFUE para prohibir algunas concentraciones por la vía de considerar abuso de posición de dominio la adquisición por parte de una empresa dominante de una empresa competidora. Sin embargo, el artículo 102 exige la existencia previa de una posición de dominio, de modo que su aplicación no resolvía el problema de la creación de dicha posición, elemento fundamental del control de concentraciones que persigue tanto la creación, como el refuerzo de una posición de dominio. Por ello, dada la importancia del control de concentraciones como medio para actuar sobre la estructura de los mercados y, por consiguiente, de preservar unas condiciones favorables para la competencia en los mismos, resultaba importante contar con un instrumento que permitiese prevenir determinados comportamientos, llevando a cabo un control *ex ante*. Al mismo tiempo, la construcción del mercado único requería contar con un instrumento que permitiera a la Comisión el control de las operaciones de tamaño comunitario. De lo contrario, al depender las decisiones de las distintas autoridades nacionales, se aumentaban los costes administrativos y se corría el peligro de obstaculizar el mercado único, por ejemplo, imponiendo condiciones distintas a los adquirentes cuando éstos pertenecían a otro Estado miembro. El Reglamento 4064/89 contenía las previsiones legales aplicables al control de concentraciones de dimensión comunitaria, lo que en la práctica afecta a las operaciones entre empresas cuyo volumen de negocios total supere determinados umbrales recogidos en el citado Reglamento.

⁶⁵⁷ Reglamento del Consejo 139/2004 de 20 de enero de 2004, (DO L24 pp. 1-22, de 29 de enero de 2004). Una de las novedades más relevantes del Reglamento 139/2004 se materializa en el cambio de test de compatibilidad de las operaciones de concentración en el mercado comunitario, que pasa de estar basado en el test de la dominación a centrarse en un test sustantivo. Anteriormente a este Reglamento, con el test de la dominación, eran incompatibles las concentraciones que supusieran la creación o refuerzo de una posición de dominio en el mercado relevante. Así, se analizaba el daño que la concentración podía causar en la estructura competitiva del mercado y no si la operación tenía por efecto una reducción efectiva de la competencia entre los operadores. Aunque se sigue conservando el estudio de si se crea o refuerza una posición dominante, solo es uno más de los supuestos de obstaculización significativa de la competencia, el nuevo test sustantivo prohíbe las concentraciones capaces de tener como efecto obstaculizar significativamente la competencia efectiva en el mercado, por lo que la clave esta en que con posterioridad a la concentración se mantenga un grado de competencia suficiente. En consecuencia, son conceptos centrales del análisis el poder de mercado y las eficiencias, además de los posibles efectos anticompetitivos que pueda traer la concentración.

Tal introducción por el derecho derivado vino dada por la vía del art. 308 TCE⁶⁵⁸ (ahora arts. 352 y 353 TFUE), y no por una modificación del Derecho originario, lo que constituye una gran innovación tipológica. En un principio, la Comisión emitió un Memorándum sobre concentraciones pronto, desde muy pronto, ya en 1960. El art. 102 TFUE era insuficiente porque sólo se podía aplicar a concentraciones en las que las empresas ya mantenían una posición dominante, lo que vino a confirmarse por el TJCE en el caso *Continental Can*⁶⁵⁹. Además, la Comisión era de la opinión que el art. 101 TFUE no era el instrumento apropiado para el control de concentraciones. En este sentido, el caso *BAT/Reynolds*⁶⁶⁰ creó una atmósfera conducente a la adopción del primer Reglamento sobre control de concentraciones (Reglamento 4064/89).

La legislación comunitaria, al instaurar el control previo de las concentraciones de empresas y requerir luz verde para su aprobación por parte de la Comisión, con carácter preventivo⁶⁶¹ pretende evitar que con dichas concentraciones se consiga una posición de dominio en el mercado relevante por dichas empresas, posición que no existía antes de la concentración y que es indicativa de una cierta monopolización del mercado. Conservando la represión originaria del abuso de la posición dominante en el art. 102

⁶⁵⁸ El control de las operaciones de concentración constituye una gran innovación tipológica del Derecho de la Competencia desde que quedó establecido formalmente en 1957, y en vez de reformar los arts. 81 y 82 TCE (en la numeración de aquel momento), el Consejo utilizó en 1989 la vía excepcional del art. 308: “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”. Se utiliza el derecho derivado a través del reglamento para extender el campo de aplicación del derecho de la competencia hacia operaciones de carácter preventivo de monopolizaciones. El abuso de la posición de dominio conserva su represión originaria mientras que el riesgo de la creación de nuevas posiciones de dominio queda a partir de 1989 conjurado por la vía reglamentaria. Con este esquema se venía una vez más a confirmar el sistema querido por el Tratado, que las posiciones de dominio y los monopolios son compatibles con el mercado común, siempre que no devengan abusivas y, por tanto, punibles.

⁶⁵⁹ Asunto 6/72, *Continental Can c/ Comisión*, sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, (Rec. 1973, pág. 215 y ss).

⁶⁶⁰ Asuntos conjuntos 142-156/84, *British American Tobacco Company y otros c/ Comisión*, Sentencia del TJCE (Sala Sexta) de 17 de noviembre de 1987, (Rec. 1987, pag. 4487 y ss).

⁶⁶¹ Respecto a la obligación de notificar a diferentes Estados miembros las operaciones de concentración, el nuevo reglamento dispone un sistema de remisión de las concentraciones bien a petición de las empresas interesadas, o de un Estado miembro. En el primer caso las partes podrán solicitar la remisión de la operación de un Estado miembro cuando ésta, siendo de ámbito comunitario, afecte significativamente a la competencia en dicho Estado miembro. Las partes podrán, asimismo, solicitar el estudio de una operación por la Comisión cuando, sin ser de dimensión comunitaria, afecte al menos a tres Estados miembros. En el segundo caso, cualquier Estado miembro podrá solicitar la remisión de un asunto, cuando considere que el mismo amenaza con afectar significativamente a la competencia en su mercado. En KESSLER PRIETO, E.: “La política de defensa de la competencia en la Unión Europea”, ICE, enero-febrero 2005, n° 820, 2005.

TFUE, a partir del Reglamento de 1989, se controla además con éste el riesgo de la creación de nuevas posiciones de dominio significativas en el mercado.

Ahora bien, hay que tener muy en cuenta que lo que realmente se ha de controlar es la posibilidad de ocasionar perjuicios al eficaz funcionamiento del mercado, no las concentraciones empresariales, que en sí mismas no tienen por qué significar un abuso de posición dominante.

Se requieren dos requisitos normativos acumulativos para que la Comisión autorice la concentración:

- 1) que la operación en cuestión concuerde con el concepto de operación de concentración⁶⁶².
- 2) Se exigen pautas cuantitativas que reflejen la dimensión comunitaria, referidas al volumen de negocio de las empresas que van a concentrarse⁶⁶³.

En los casos en que la posición dominante originada por una concentración empresarial impidiese una competencia potencial, reforzando las barreras de acceso al mercado, y convirtiendo en muy poco probable la posibilidad de que cualquier nueva empresa pudiese acceder a tal mercado una vez producida la operación de concentración, entonces, se debería proceder a la desconcentración. Sin embargo, son totalmente compatibles con el mercado común las concentraciones económicas que, pese a determinar o reforzar una posición dominante, no supongan una obstaculización significativa de la competencia efectiva⁶⁶⁴.

⁶⁶² Se ha de tener en cuenta que se dan tres clases de concentraciones: la fusión de empresas; la toma de control, directo o indirecto, de una empresa/s por otra u otras empresas y; la creación de una “joint venture”, en la que se constituye una nueva empresa común en participación.

⁶⁶³ Siempre que se alcancen los límites establecidos por los apartados 2 y 3 del art. 1 del Reglamento comunitario 139/2004, éste será de aplicación preferente respecto a las normativas nacionales, por cuanto se consideraran concentraciones de dimensión comunitaria (art. 21 del mismo Reglamento). En los supuestos de concentraciones con una dimensión comunitaria, el art. 4.1 del mismo Reglamento prevé su notificación a la Comisión Europea, que, tras su examen, decidirá si resulta aplicable el Reglamento comunitario.

⁶⁶⁴ Ver VALENZUELA GARACH, J.: “Relaciones entre obstaculización de la competencia y el concepto de posición dominante”, en Font Galán J.I. y Pino Abad M. (coord.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 471.

La Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 española incorpora esta figura por primera vez en España⁶⁶⁵, siendo anteriormente reprimida en la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963⁶⁶⁶.

Por último, es interesante hacer notar que en los mercados en proceso de liberalización, como el ferroviario, tras la apertura a la competencia las empresas tienden a concentrarse con el fin de hacer frente a las nuevas presiones competitivas. En el mercado ferroviario, este fenómeno se ha producido a gran escala, influido también porque es un mercado con fuertes necesidades de financiación por sus altos costes. El holding alemán DB ha sido el gran protagonista en este sentido como hemos visto en el capítulo I.⁶⁶⁷

VI. AYUDAS PÚBLICAS⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ Así, como, en general, el régimen de Derecho de la Competencia comunitario.

⁶⁶⁶ La Ley 1/2002 de Defensa de la Competencia sustituye a la Ley de Represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963. Esta nueva Ley es de contenido material muy similar al Reglamento comunitario 1/2003. La regulación nacional respecto al control de las concentraciones económicas se encuentra en el desarrollo que de los arts. 14 a 18 de la Ley de Defensa de la Competencia hace el RD 1443/2001, de 21 de diciembre, que contiene básicamente el régimen jurídico-administrativo de los tramites derivados de la previa notificación al Servicio de Defensa de la Competencia de cualquier operación o proyecto de concentración empresarial que suponga el incremento de la cuota de mercado por encima de los límites establecidos en el mismo RD.

⁶⁶⁷ Véase la nota al pie 94 y el epígrafe 4.2 del capítulo I.

⁶⁶⁸ Sobre ayudas públicas ver MARCOS MARTIN, M.T.: *Problemas procesales en el control de las ayudas de Estado en Derecho comunitario*, Dykinson, Madrid, 2006. CASTILLO DE LA TORRE, F. y KEPENNE, J.P., “Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2000”, *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 211, enero-febrero 2001. HERNANDEZ MARTIN, V. y VILLALVILLA MUNOZ, J.M., *El control de las ayudas de Estado en el Derecho Europeo*, Madrid, editorial Colex, 1999. LINARES GIL, M., “La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho Comunitario Europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, 196, 2001. ALTZELAI ULIONDO, I., *Ayudas*

El régimen general de ayudas públicas es recogido en el art. 107 TFUE⁶⁶⁹. Es considerado el tipo menos desarrollado del Derecho de la competencia.

El fundamento de la prohibición, en general, de las ayudas públicas, se basa en que se quiebra la garantía de libre competencia al incrementar arbitrariamente las ventajas competitivas de ciertas empresas o facilitar su supervivencia gracias a esas ayudas frente a sus competidoras más eficientes. Asimismo, de nada servirían todos los esfuerzos del Derecho de la competencia comunitario para que las empresas no distorsionen la competencia, con el fin integrador de crear un mercado interior unificado, si, al mismo tiempo, se permite que los Estados les den un trato más favorable al subvencionar en sus territorios a empresas con dificultades o con el fin de atraer la inversión, produciéndose con ello desigualdad en las condiciones de competencia entre los Estados y una discriminación respecto a empresas del mismo sector en otros Estados miembros.

Sin embargo, existen, a veces, razones legítimas para que los Gobiernos las concedan, que contempla el art. 107 TFUE en sus apartados 2 y 3. Tales conductas presentan una gran variedad, por ello, el TFUE no aporta una lista de ejemplos sino de categorías generales como excepciones a la cláusula general prohibitiva que el mismo artículo contiene en el apartado 1; son las siguientes:

- ayudas sociales a consumidores individuales;
- ayudas reparadoras de daños causados por desastres naturales (o artificiales);

de Estado y PYME en el derecho comunitario de la competencia, Aranzadi, Navarra, 2010. PEREZ BERNABEU, B.: *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria, concepto y tratamiento*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. En cuanto a jurisprudencia véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs en los asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, *España/Comisión*, (Rec. 1994, p. I-4103), apartado 28: «existe ayuda de Estado siempre que un Estado miembro aporte a una empresa un capital que, en circunstancias normales, un inversor privado no aportaría aplicando criterios normales de mercado, abstracción hecha de consideraciones de orden social, político o filantrópico». También véase la sentencia del TJCE en el asunto Altmark, C-280/00, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, (Rec. 2003, p. I-7747). Y también ver asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, (Rec. 1993, p. I-887). Al régimen específico de ayudas públicas y servicios de interés general en el ámbito del transporte ferroviario nos hemos referido en detalle en el cap. I, epígrafe III-6.1.

⁶⁶⁹ Dice el art. 107-1 TFUE: “Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.” En su apartado 2 recoge las ayudas que serán compatibles con el mercado interior y en el 3 las que podrán considerarse compatibles.

- ayudas a las regiones germanas limítrofes por la reunificación (actualmente ya no existen);
- otras ayudas potenciales o condicionadas (destinadas al desarrollo económico, creación de empleo, proyectos de interés común europeo, culturales, graves perturbaciones de la economía de un Estado).

El Consejo, y subsidiariamente la Comisión, puede declarar compatible una ayuda si circunstancias excepcionales lo justifican (art. 108 TFUE).

La ventaja que ofrece el sistema de ayudas del Tratado es que establece un marco legal que permite valorar objetivamente los efectos anticompetitivos de tales medidas públicas con criterios determinados⁶⁷⁰.

Si bien ya hemos dedicado el capítulo II a la relación entre regulación y Derecho de la Competencia, y por razones de sistemática en el estudio de las cuatro grandes áreas que integran el Derecho de la competencia, (que es el objetivo de este capítulo), sólo mencionamos brevemente aquí la cuestión de que si la actividad legislativa y reglamentaria es una prerrogativa pública, como tal, quedaría fuera del control del art. 102 TFUE. Sin embargo, esta regla puede decaer por la aplicación combinada de los arts. 102 y 106 del TFUE, cuando dicha actividad resulte en la concesión de derechos exclusivos o especiales a una empresa que por la concesión de los mismos se ve inducida a cometer abusos, o cuando se adopta una medida reglamentaria o administrativa que crea situaciones que llevan necesariamente a una empresa a abusar de su dominación. El hecho de que la ausencia de competencia en el mercado relevante sea consecuencia, o sea facilitada por disposiciones legislativas, no impide en modo alguno la aplicación del art. 102, que puede también ser aplicado a situaciones de control de los monopolios legales. Los Estados no pueden conceder a sus empresas inmunidad respecto a la prohibición del art. 102, por lo que puede decirse que el art. 102 prohíbe el abuso, aunque éste resulte incluso de una disposición de la legislación nacional.

⁶⁷⁰ También es de notar que el carácter único de este sistema de control de las ayudas públicas en la UE se basa en que no existe otra jurisdicción donde se garantice a una autoridad independiente unos poderes tan importantes como para cuestionar las decisiones adoptadas por Estados soberanos en un área tan políticamente sensible como la concesión de ayuda a compañías particulares.

VII. CONCLUSION DEL CAPITULO

En el Derecho primario de Competencia de la Unión recogido en el TFUE no se establecen definiciones ni se explican conceptos, especialmente en el área del abuso de posición de dominio del art. 102 TFUE. Tanto es así, que ni siquiera existe Derecho derivado respecto a la figura del abuso de la posición dominante, por lo que hay que recurrir a Jurisprudencia, y a Comunicaciones o Directrices para obtener orientaciones sobre los principios y criterios a tener en cuenta en su aplicación. Es por esta razón que hemos considerado imprescindible abordar en este tercer capítulo el estudio del Derecho de la Competencia en la Unión, antes de embarcarnos en el estudio en sí de la EFD/DRE en los dos siguientes capítulos, y especialmente el estatuto jurídico del abuso de la posición de dominio, porque sus principios y criterios de aplicación son determinantes para la valoración e interpretación de la propia EFD/DRE.

Retomando, por tanto, la cuestión planteada en la Introducción de este capítulo relativa a cuáles son los criterios y principios que informan la aplicación del Derecho de competencia en el contexto de la Unión se han expuesto los siguientes puntos fundamentales:

1. La competencia cumple siempre una función integradora. Con la introducción de las fuerzas de presión competitivas se evita la formación de monopolios que compartimenten el mercado. De este modo, los órganos de defensa de la competencia han confirmado, con su práctica y doctrina, que uno de los objetivos del art. 102 TFUE es de integración, esto es, evitar que las empresas en posición de dominio puedan fragmentar el mercado interior abusando de su posición.

2. Este primer punto debe ser matizado; el sistema jurídico que el art. 102 TFUE establece para las posiciones de dominio, encuentra su fundamento en una doble necesidad:

- Primero, en la conveniencia de reconocer la existencia de los monopolios, o bien porque están respaldados por una ley, (monopolios legales y fiscales), o bien por razones económicas o de justicia (monopolios naturales, los accidentales y los eficientes). De la jurisprudencia sentada principalmente a partir del caso

*Continental Can*⁶⁷¹ se deduce como legítima la posición de dominio adquirida y mantenida por el riesgo y esfuerzo y la mayor eficiencia económica o por disposición legal. Esta afirmación es consecuente con la lógica del sistema económico pretendido por el Tratado. Sería contraproducente exigir la mayor eficiencia a los agentes mediante el establecimiento de un sistema competitivo que selecciona a los más eficientes y, al mismo tiempo, si su mayor eficiencia les ha llevado a una posición de dominio, reprimir dicha dominación prohibiendo su adquisición o mantenimiento⁶⁷². Asimismo, no es recomendable por razones económicas reprimir las posiciones de dominio cuando quien las detenta es un monopolio natural o una empresa de la dimensión imprescindible para hacer frente a la competencia internacional o necesaria para el mercado comunitario.

- Segundo, el punto anterior conlleva, al mismo tiempo, la necesidad de someter a control las prácticas concurrenciales que se hagan desde esas posiciones de dominio para reprimir los abusos que afecten a la estructura competitiva de un mercado. Es misión del Derecho de la Competencia evitar que la eficacia de la economía de mercado acabe siendo perjudicada.

3. El tratamiento flexible de la competencia en las normas comunitarias permite distintas aproximaciones para satisfacer los objetivos de Derecho de la Competencia que van desde concepciones atomistas a aquellas basadas en la eficiencia. La noción de carácter atomista, como modelo estático centrado en la estructura del mercado, se basa en la subsistencia del mayor número posible de agentes económicos independientes, incapaces de prever el comportamiento de los demás y de tener una influencia determinante sobre el mismo. Tiene su fundamento en el art. 101.1 TFUE, donde, con carácter general, se prohíben las prácticas concertadas entre empresas. Por el contrario, la concepción basada en la eficiencia como modelo dinámico centrado en el resultado más que en la estructura, admite que la pérdida de independencia de los agentes en el mercado o la disminución del número no siempre es contraria a la competencia. En ocasiones la competencia puede ser más intensa en el seno de un oligopolio de empresas

⁶⁷¹ Asunto 6-72, sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c/ Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1973, pág. 215.

⁶⁷² Véase FEJO, J.: “Comment” a MONEGER, J.: “Competition, regulation and system coherence” en H. Ullrich *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, Ascola (Academic Society for Competition Law), 2006, pág. 296, que dice: “Avanzando un paso más, debemos recordar aquí que el Tratado no requiere la venta de las compañías públicas. Por el contrario, el art. 295 TCE establece que de ninguna forma se prejuzgará el sistema de propiedad en los Estados-miembros. Es decir, no se exige la privatización en la liberalización de las industrias”.

eficaces que entre una multitud de empresas pequeñas y poco productivas. Esta segunda concepción encuentra su fundamento en la combinación de los principios de prohibición del art. 101 TFUE y del abuso del art. 102 TFUE, en la posibilidad de exención que permite el art. 101.3 TFUE, en las múltiples exenciones concedidas a través por ejemplo de los reglamentos de exención por categorías, y en el art. 102 TFUE donde los redactores del Tratado demostraron no querer imponer una estructura atomizada al admitir las posiciones dominantes. Con todo, hoy la práctica comunitaria va orientada a buscar un compromiso entre estos dos modelos.

4. La posición de dominio en el contexto de la Unión no sólo implica poder sobre el precio (como en el contexto antitrust americano), sino que además ha de implicar un poder de cierre de mercado a la entrada de nuevos competidores o a la expansión de los actuales. Sin embargo, el análisis tradicional utilizado para la aplicación del art. 102 TFUE se ha centrado principalmente en el examen de la cuota de mercado, que refleja el poder sobre el precio, por ser éste un criterio cuantitativo, más que en el poder de cierre de mercado. La cuota de mercado, por sí misma, no refleja las presiones dinámicas ejercidas por la competencia, es un criterio estático. La entrada al mercado de competidores potenciales (presión competitiva) dependerá de la existencia o no de barreras en ese mercado. Las barreras a la entrada o expansión contribuyen a constituir posiciones dominantes y de recursos esenciales. Un análisis dinámico integrará las barreras a la entrada o expansión como un factor importante a tener en cuenta. Una vez consolidado el poder de dominio, es lógico que la empresa tienda a proteger su dominación reforzando las barreras existentes en el mercado o creando otras nuevas.

El mercado ferroviario tiene importantes barreras endógenas o estructurales, como hemos podido ver en el capítulo I. La organización estructural de la empresa puede también intensificar las barreras a la entrada o expansión; la estructura vertical en el seno de muchas de las compañías ferroviarias europeas (antiguos monopolios estatales) tiende a reforzar la dependencia económica de competidores, clientes y proveedores.

5. Como hemos visto, la concepción del abuso en el contexto comunitario ha de implicar un cierre de mercado, el cual no se produciría de no ser por la ventaja que le confiere a la empresa su posición de dominio en dicho mercado, especialmente en las situaciones de recursos esenciales. De ahí que se exija en el contexto comunitario una responsabilidad cualificada a las empresas dominantes.

6. En Derecho comunitario es requisito para considerar una infracción al Derecho de la Competencia alterar la estructura competitiva del mercado. De ahí, que hasta ahora la Comisión únicamente haya regulado los abusos anticompetitivos o excluyentes -(eso sí, a través de *soft-law* y no de legislación derivada)- y no los explotativos. La razón parece estar en que el abuso explotativo no es capaz de producir un cierre de mercado, como sucede con los abusos anticompetitivos, que de este modo, cumplen el requisito de afectación a la estructura de un mercado, (mientras que los abusos explotativos sólo se centran en la posición de los competidores, clientes o proveedores en particular).

7. El art. 102 admite la posición de dominio, como queda dicho, pero dicha dominación puede llegar hasta el monopolio, y en el monopolio, por definición, no hay competencia. Entonces, en este supuesto, la conducta de la empresa no puede desarrollarse contra los competidores, pues éstos no existen. Consecuentemente, la explotación abusiva sólo puede proyectarse frente a los proveedores o consumidores (es decir, situaciones de dependencia económica o posición de dominio relativa). La tipificación del abuso explotativo vendría a suplir la falta de competencia⁶⁷³, para evitar, además, una regulación excesiva, ya que como hemos visto en el capítulo II, el objetivo de la regulación es puramente solucionar los fallos del mercado y no limitar las actuaciones de la empresa monopolista que no se ve frenada por ninguna presión competitiva.

8. Las empresas en posición de dominio colectiva, por la que se presentan en el mercado como una unidad conjunta adoptando la misma línea de comportamiento, y constituyéndose en dominantes en mercados oligopolísticos también pueden cometer abusos anticompetitivos. No está claro a primera vista que situaciones de paralelismo consciente constituyan abusos, por lo que se habrán de analizar a conciencia los vínculos existentes entre las empresas en posición de dominio colectiva. Como consecuencia de la globalización e internacionalización de las relaciones comerciales, las exigencias de economías de escala para competir en el mercado y las condiciones actuales de los mercados exigentes de un mayor dinamismo tecnológico, que requiere capacidades de inversión cada vez más importantes, se está produciendo una enorme concentración de las empresas dentro de los mercados, claro ejemplo es la industria

⁶⁷³ Suponiendo que la única finalidad del art. 82 no fuera proteger a la competencia o a los competidores de la empresa dominante, sino solo los intereses económicos de consumidores y proveedores, es decir, no salvaguardar la competencia estructural, sino solo proteger a quienes contratan con la empresa dominante de sus posibles abusos, entonces, el art. 82 no estaría diseñado para salvaguardar las estructuras competitivas (que interactúan para mantener un mercado competitivo), sino para suplir su ausencia (mediante regulación), asegurando que el comportamiento de la empresa dominante se sujetara a la ley de la competencia.

ferroviaria. Necesitamos también desde el Derecho de la Competencia avanzar y desarrollar los conceptos a nuestra disposición para dar cobertura a los vacíos legales que las nuevas situaciones van creando, tal como una mayor investigación respecto a la posición de dominio colectiva en relación la EFD/DRE⁶⁷⁴.

9. Respecto a la doctrina de los recursos esenciales, por su misma definición basada en la esencialidad de un recurso, dicha doctrina va unida a la problemática de las situaciones de monopolio. De este modo, si sólo existe ese único recurso esencial en ese mercado y, por tanto no hay ninguna competencia, sólo podrían darse abusos explotativos de dependencia económica. Ahora bien, es precisamente la existencia de negativas de acceso y/o de imposición de condiciones discriminatorias en dicho acceso, lo que demuestra la persistencia y continuidad de una competencia residual⁶⁷⁵, que, gracias a la aplicación de la EFD/DRE (estableciendo una obligación de acceso), o a la disuasión que supone la amenaza de su posible aplicación, permite el control del Derecho de la Competencia evitando mayores medidas intervencionistas, además evitando el cierre de mercado a una futura competencia potencial. Por lo tanto, la EFD/DRE tiene una aplicabilidad práctica fundamental no sólo para evitar situaciones de dependencia económica o posición de dominio relativa, sino para reprender abusos anticompetitivos a la competencia residual y a la competencia potencial que afectan a la propia estructura del mercado, e incluso, muchas veces, puede evitar la desaparición completa de la posibilidad que surjan nuevos productos o servicios que vienen de la

⁶⁷⁴ HOLLMAN, H.M. y KOVACIC, W.E.: "The International Competition Network: its past, current and future role" en LUGARD, P. (dir), *The International Competition Network at ten*, Intersentia Ltd, Cambridge (UK), 2011, pág. 54-55, la ICN fue creada en 2001 con el fin de desarrollar normas de política de competencia internacionales aceptadas, es decir, facilitar la convergencia de enfoques de superior calidad en relación a la sustancia, procedimiento y administración del Derecho de la Competencia. Si bien dicen estos autores que la "uniformidad total o armonización es probablemente inalcanzable. La diversidad en las condiciones económicas, históricas, los procedimientos legales (sistemas legales de *common law* versus sistemas de derecho civil continental) y las ciencias políticas de las diferentes jurisdicciones alimentan focos de diversidad entre los sistemas de competencia. Tampoco es que sea deseable la absoluta congruencia. El desarrollo del Derecho de la Competencia es inherentemente evolutivo y experimental. Desde la primera legislación en Canadá y USA a finales del siglo XIX, los estándares de competencia han cambiado a consecuencia de muchas fuerzas, especialmente los avances en las economías de organización. El progreso en la aplicación del Derecho de la Competencia a veces tiene lugar cuando las jurisdicciones individualmente prueban nuevos enfoques...."

⁶⁷⁵ Dice Pellise Capell en *La explotación abusiva de una posición dominante*, ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 133, primer párrafo, que "en el caso de las posiciones de dominio disfrutadas solo gracias a la mayor eficiencia siempre puede hablarse de una cierta presión de la competencia potencial", lo que no es el caso con los monopolios naturales levantados sobre barreras difícilmente salvables y con los monopolios legales al permitir al titular de la posición de dominio sustraerse a una competencia efectiva y actuar sin tener en cuenta a sus competidores, sitúa a la empresa dominante en una situación privilegiada que no solo le sustrae de la ley general de la competencia, sino que incluso le permite dictar la ley del mercado.

mano de la innovación tecnológica, sobre todo en casos de monopolio natural como es el sistema ferroviario. Estas ideas se desarrollaran en mayor profundidad en el capítulo V.

Por tanto, el régimen de competencia diseñado por el Tratado está basado en un sistema de mercado en el que la competencia se constituye como fuerza ordenadora para el logro de la máxima eficiencia económica y, con ello del bienestar del consumidor, al mismo tiempo respetuoso con las libertades de los agentes, acudiendo primero al control del abuso anticompetitivo, para evitar las conductas restrictivas de la estructura competitiva de los mercados y de sus fuerzas de presiones concurrenciales, y evitar también el refuerzo o consolidación de fuertes posiciones de dominio a través del control de concentraciones. Y para complementar el control del abuso anticompetitivo disponemos del control del abuso explotativo, que resulta un remedio para evitar que las posiciones de dominio adquiridas y mantenidas legítimamente lleguen a lesionar gravemente los intereses de proveedores y consumidores con conductas notoriamente anticompetitivas al dañar la competencia residual y potencial, evitando a la postre, gracias a la existencia de esta categoría de abusos de explotación, la sobre-regulación del mercado.⁶⁷⁶

⁶⁷⁶ Esto es lo que ha sucedido con los sistemas ferroviarios nacionales europeos porque durante mucho tiempo, se ha dado el monopolio absoluto y con ello, los abusos explotativos de proveedores/clientes porque no había competencia ninguna. Con la liberalización y consecuente apertura del mercado ferroviario europeo se va generando una cierta competencia residual y potencial. Son objetivo de abusos anticompetitivos a los competidores cuando la estructura de la empresa ferroviaria se organiza en integración vertical (cierre del mercado para su propio interés y exclusión de los competidores), pero también permanecen los abusos explotativos porque los competidores, al ser al mismo tiempo clientes/proveedores por darse una relación vertical, dependen del monopolio. Ahora bien, la Comisión ha entendido al introducir la separación vertical por vía de regulación que serían abusos exclusivamente explotativos si el administrador de la infraestructura fuera totalmente independiente del operador porque ya no sería más su competidor, es decir cuando se da la separación vertical ya no se darían los abusos anticompetitivos, lo que deja fuera de control las lesiones a la competencia residual y potencial.

CAPITULO IV: DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES. PRECEDENTES, DEFINICION Y JURISPRUDENCIA RELATIVA.

I. INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES

II. REQUISITOS DE LA ESENCIALIDAD DE UN RECURSO/INSTALACIÓN

III. PRECEDENTES DE LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES

1. La Doctrina de los recursos esenciales en la Jurisprudencia USA

1.1. Los casos más importantes en la Jurisprudencia USA:

- 1) El primer caso de recursos esenciales: “*Terminal Railroad*” de 1912
- 2) El asunto *Associated Press* de 1945: una red de noticias
- 3) El asunto *Otter Tail Power* de 1973, por el que se aplica la doctrina a un sector regulado
- 4) El asunto *Hecht v. ProFootball* de 1978: la utilización expresa del término “essential facilities”
- 5) La versión moderna de la doctrina y sus requisitos en el asunto *MCI Communications Corp. v. AT&T* de 1983
- 6) El asunto *Aspen Skiing* de 1985, en el que se examina la ruptura de un acuerdo comercial rentable
- 7) El asunto *Verizon v. Trinko* de 2004 pone de manifiesto la necesidad de límites más claros entre la aplicación de normas regulatorias sectoriales y del Derecho antitrust *ex post*

1.2. Síntesis de la evolución de la Jurisprudencia USA

2. La Doctrina de los recursos esenciales en la Jurisprudencia de la UE

2.1. Los antecedentes del asunto *Bronner* en la Jurisprudencia comunitaria

- 1) *Commercial Solvents*: primer caso de “negativa de suministro” en 1974
- 2) El asunto *United Brands* de 1978: la importancia de la definición del mercado relevante
- 3) El asunto *Telemarketing* de 1985 introduce el término “*indispensable*”
- 4) El asunto *Volvo* de 1988 introduce los derechos de propiedad intelectual en la EFD/DRE
- 5) La ayuda estatal para reservarse el mercado conexo en el asunto *GB-Inno* de 1991
- 6) El asunto *Magill* de 1995: la adopción ‘no confesada’ por el TJCE de la EFD/DRE
- 7) *Ladbroke* de 1997 y la importancia de proteger la competencia potencial

2.2. El asunto *Bronner* de 1998. Cambio de dirección en la evolución de la jurisprudencia UE

2.2.1. Hechos acaecidos en el presente asunto

- 2.2.2. Aspectos debatidos en la sentencia
 - 2.2.2.1. Sobre la admisibilidad de las cuestiones planteadas
 - 2.2.2.2. El alcance de aplicabilidad del art. 82 TCE (102 TFUE)
- 2.2.3. Mercado relevante
- 2.2.4. El test objetivo
- 2.2.5. Los tres requisitos del asunto *Bronner*
- 2.2.6. Planteamiento de la cuestión del abuso por el A.G. Jacobs
- 2.2.7. Afectación a la competencia
- 2.2.8. El A.G. analiza la práctica americana respecto a la EFD/DRE
- 2.2.9. Posibles clasificaciones en torno a la EFD/DRE
- 2.3. La Jurisprudencia comunitaria sobre la DRE/EFD tras el asunto *Bronner*
 - 8) El asunto *NDC Health/IMS Health* de 2001 confirma la importancia de la protección de la competencia potencial
 - 9) En el asunto *MICROSOFT* de 2004 se flexibiliza el requisito de la eliminación de competencia en el mercado
- 2.4. Síntesis de la evolución de la Jurisprudencia UE

IV. EVOLUCION DE LA DOCTRINA DE LOS ‘RECURSOS ESENCIALES’ EN EL SECTOR DE LOS TRANSPORTES

- 1) Vulneración del art. 102, c) del TFUE en la Decisión *B&I Line plc c/ Sealink Harbours Ltd. y Sealink Stena Ltd* de 1992
- 2) Vulneración del art. 102, b) del TFUE en la Decisión *Sea Containers c/ Stena Sealink*
- 3) La Decisión “*Puerto de Rodby*” tomada en el marco del art. 110 TFUE
- 4) Confirmación de la línea evolutiva marcada de los casos portuarios en la Decisión “*Puerto de Roscoff*”

V. JURISPRUDENCIA RELATIVA AL TRANSPORTE FERROVIARIO

1. Los casos ferroviarios

- 1) Decisión *Eurotunnel* de 1994: la fuerte inversión en la infraestructura del túnel del Canal de la Mancha
- 2) Decisión *HOV-SVZ/MCN (Maritime Container Network)* de 1994: los abusos discriminatorios del ferrocarril alemán
- 3) *European Night Services* de 1994: barreras de acceso a la infraestructura ferroviaria
- 4) La Decisión de la Comisión GVG/FS de 2003 consideró que la infraestructura ferroviaria es un recurso esencial
- 5) El asunto GVG c/DB y la incentivación de nuevos servicios ferroviarios
- 6) EUROSTAR, la tendencia a las concentraciones en la liberalización del sector ferroviario
- 2. Síntesis de los casos ferroviarios. La relación entre art. 81 TCE y DRE/EFD
- 3. Mercado de los Servicios ferroviarios relacionados
 - 3.1. Anexo II de la Directiva 2001/14
 - 3.2. Cuestiones interpretativas
 - 3.3. Prácticas anticompetitivas en el mercado de los servicios ferroviarios relacionados
 - 3.4. Test de competencia en el mercado de los servicios ferroviarios relacionados
 - 3.5. Avance en la regulación del mercado de los Servicios ferroviarios relacionados
 - 3.6. La regulación española del mercado de los Servicios ferroviarios relacionados

VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

I. INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES⁶⁷⁷

Puede entenderse la "essential facilities doctrine" o doctrina de los recursos/instalaciones esenciales (en adelante EFD/DRE) como *una formulación que comprende la aplicación del Derecho de la competencia general a las particulares circunstancias de los recursos esenciales*. De ahí, que su origen y evolución sea esencialmente jurisprudencial, en función, por tanto, de los casos que en la práctica se han ido planteando.

Ciertamente la EFD/DRE aun sigue gestándose, y puesto que sus mismos principios, -e incluso denominación⁶⁷⁸- son objeto de debate, a modo introductorio, con el fin de no prejuzgar su análisis, recogemos una definición lo bastante amplia que no deje fuera ciertas conductas, la que JONES y SUFRIN⁶⁷⁹ ofrecen: *“la idea clave se centra en un recurso poseído o controlado por una empresa dominante al que otras empresas necesitan acceso para poder proporcionar productos o servicios a los clientes.”*

Puesto que muchos de los productos y servicios que adquieren los consumidores pasan por distintas fases de la cadena de producción y comercialización o distribución, de la definición anterior se deduce que la EFD/DRE puede en principio aplicarse a cualquier producto o servicio⁶⁸⁰. De hecho, la Comisión Europea ha considerado como recursos

⁶⁷⁷ Para abreviar y, como ya hemos dicho anteriormente, a veces nos referimos a esta doctrina con las siglas 'EFD/DRE', que son las siglas de su denominación en inglés: 'Essential Facilities Doctrine' y en español: 'Doctrina de los Recursos Esenciales'. Como se ha explicado en la Introducción, el término *“doctrina de los recursos esenciales”* es de origen anglosajón. Dependiendo de los autores, se ha traducido al español, generalmente, por *doctrina de los recursos esenciales o instalaciones esenciales (e incluso de las infraestructuras esenciales)*. Hemos preferido usar aquí mayormente el termino *doctrina de los recursos esenciales* puesto que la doctrina engloba en su aplicación, como veremos, un gran número de ámbitos incluyendo tanto instalaciones físicas (puertos, infraestructuras, conductos) como inmateriales (servicios, telecomunicaciones, redes virtuales, derechos de propiedad intelectual), y el termino *instalaciones* parece hacer referencia exclusivamente a las infraestructuras físicas, dejando fuera los recursos no físicos.

⁶⁷⁸ La EFD/DRE ha sido adoptada por la Comisión Europea por su propio nombre o denominación, y por el ahora llamado Tribunal General (desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009) y el Tribunal de Justicia de la Unión, en la práctica.

⁶⁷⁹ JONES A. y SURFIN B., (2008), *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, Tercera Edición, pág. 529.

⁶⁸⁰ Coincidiendo con la idea del Abogado General en el asunto *Bronner* (asunto del TJCE C-7/97 *Oscar Bronner c/ Mediaprint*, 1998, *Rec. I-7791*, clave en la Jurisprudencia comunitaria y que veremos más adelante) en sus Conclusiones en el párr. 55, consideramos que: *“De la discusión anterior (si es abuso la negativa de suministro per se) se desprende claramente que esta cuestión suscita un problema general que puede volver a plantearse en toda una serie de contextos distintos. Si bien, dadas las circunstancias del presente caso, no sería en modo alguno adecuado pretender desarrollar unos razonamientos exhaustivos acerca de este problema, debemos plantear un determinado número de puntos generales antes de examinar más concretamente el presente*

esenciales, entre otros, a sistemas de telecomunicaciones, redes de suministro de electricidad, túneles, servicios aeroportuarios de manipulación de equipajes, gaseoductos, ciertos sistemas de pago electrónicos, cajas interactivas de televisión por cable, acuerdos sobre itinerarios de transporte aéreo, y sistemas informáticos de reserva de aerolíneas⁶⁸¹.

La consecuencia principal de la aplicación de la EFD/DRE es la imposición a la empresa dominante por parte de autoridades de competencia o regulatorias y/o tribunales una obligación de garantizar el acceso o el suministro de un producto o servicio a sus competidores, lo que explica que el concepto de recursos esenciales y las obligaciones que conlleva no sean acogidas con mucho entusiasmo por las empresas; por ello, se subraya la necesidad de una elaboración jurídica sistemática y propia para controlar su aplicación.

Como hemos visto en el capítulo II, los casos típicos de aplicación de la EFD/DRE implican una negativa de acceso a infraestructuras y redes, particularmente en el contexto de sectores tradicionalmente regulados en transición hacia la apertura a la libre competencia⁶⁸². Si son necesarias medidas regulatorias en este proceso para solucionar determinados fallos del mercado, han de ser adoptadas por las autoridades regulatorias. Sin embargo, en muchos casos los tribunales se encontraran con disputas en el contexto de industrias que son demasiado pequeñas para establecer una estructura de regulación o donde las medidas regulatorias no han podido alcanzar sus objetivos. Una vez alcanzada la liberalización completa de un mercado, corresponde al Derecho de la Competencia el control de las prácticas abusivas e infracciones anticompetitivas de las empresas en ese mercado.

asunto.” Y en la segunda parte de este párrafo, propone un método de examen, por el cual va a tratar de fijar una serie de principios generales, que sin ser exhaustivos, puedan aplicarse a la generalidad de casos que se planteen en supuestos similares.

⁶⁸¹ Véase por ejemplo: la Decisión 88/589/CEE de la Comisión de 4 de noviembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE, *London European - Sabena* (IV/32.318,) (DO L 317 de 24.11.1988, p. 47/54); Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998 en los asuntos acumulados, conocidos como *ENS*, T-374, T-375, T-384 y T-388/94, que veremos más adelante en el epígrafe V-3, (Rec. 1998 pág. II-03141); Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones de 22 de agosto de 1998 (DO C 265, pp. 2-28); Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes, (DO L 313 de 13.11.1990, pp. 30/33).

⁶⁸² Como ejemplo, en la Decisión de la Comisión 2004/33/EC, *GVG c/ FS*, que veremos más adelante en el epígrafe IV-4), se exige a FS un deber de formar una agrupación internacional por considerarse esencial (formar una agrupación internacional) para poder operar internacionalmente trenes de pasajeros en una ruta específica, de acuerdo a la regulación establecida en el art. 10 de la Directiva 91/440, que hemos analizado en el primer capítulo.

Por otro lado, en todo proceso de liberalización surge el debate acerca de la innecesariedad de regulación gubernamental para garantizar el acceso a infraestructuras, ya que el Derecho de la Competencia aporta los suficientes medios para regular la conducta excluyente de los proveedores de recursos esenciales. Ello no obsta a que la actual tendencia desregulatoria y liberalizadora de los mercados necesite más, y no menos⁶⁸³, de la EFD/DRE, ya que, en general, las infraestructuras públicas se encuentran en procesos de apertura a la libre competencia.

En el ámbito comunitario la EFD/DRE responde como una forma de abuso prohibida por el art. 102 TFUE, pero su análisis y estudio indican que esta disposición es insuficiente para explicar todas las situaciones en las que vendría en aplicación. Como figura autónoma y con rasgos propios, hemos visto que se ha venido usando en la normativa regulatoria⁶⁸⁴. Se hace, por tanto, necesario la adopción de un marco analítico claro dentro del Derecho de la Competencia que ofrezca seguridad jurídica a la hora de examinar determinados casos de recursos esenciales⁶⁸⁵.

Por ello, en lo que a este capítulo respecta, examinaremos someramente a continuación, los requisitos necesarios para considerar un recurso como esencial, como punto de partida; seguidamente analizaremos la evolución en la jurisprudencia de la aplicación de esta doctrina, que nos ira guiando en el desarrollo y consolidación de la misma desde sus orígenes norteamericanos y su adopción por el Derecho de la Competencia de la UE, con el fin de centrarnos en su aplicación en el sector del transporte, y especialmente en el ámbito del transporte ferroviario. El mercado ferroviario de los servicios relacionados merece especial atención como ultimo epígrafe, ya que la EFD/DRE es considerada, en este ámbito, la única alternativa posible para ordenarlo, no solo introduciendo la doctrina en su regulación específica, sino también recurriendo directamente a la doctrina en los servicios que no están cubiertos por la citada regulación.

⁶⁸³ De la misma opinión FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S.: “Revitalizing essential facilities”, *Antitrust Law Journal*, 2008, vol. 75, pág. 11.

⁶⁸⁴ RENDA, A.: “Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine”, *Telecommunications Policy*, 2010, vol. 34, n° 1-2, pág. 1, dice que *la EDF/DRE es considerada como un pilar clave en los esfuerzos de liberalización en varios países en el mundo*.

⁶⁸⁵ Véase en este sentido RIDYARD, D.: “Essential facilities and obligations to supply competitors under UK and EC Law”, *ECLR*, n° 8, 1996, pp. 438 y ss.

II. REQUISITOS DE LA ESENCIALIDAD DE UN RECURSO/INSTALACIÓN

Es a partir de la década de los años 90 cuando empieza a surgir en el ámbito europeo la doctrina de los recursos esenciales⁶⁸⁶. Desde un punto de vista práctico, la "essential facilities doctrine" (EFD/DRE) nos indica cuándo debe compelerse al propietario de un recurso "esencial" o "*bottleneck*" a garantizar el acceso a ese recurso o instalación a cambio de un precio razonable⁶⁸⁷.

Hemos mencionado en el capítulo anterior que, en el ámbito europeo, la doctrina de los recursos esenciales se engloba en los supuestos del art. 102 TFUE, si bien tal precepto no da respuesta a muchos de los planteamientos relacionados con dicha doctrina. Ahora bien, para poder aplicar el art. 102, es necesario ante todo identificar primero un recurso como esencial, y determinar si la esencialidad del recurso es tal. Para ello, se recurre a tres requisitos de creación y desarrollo jurisprudencial, plasmados como tales por el TJCE en el caso *Bronner*⁶⁸⁸:

- 1) Si por la negativa a garantizar/prestar tal servicio o producto es probable que se elimine toda la competencia que pudiera tener la empresa dominante por parte de quien solicita el producto o servicio.
- 2) Si el servicio o producto que se requiere sea prestado o suministrado es *indispensable* para que los competidores operen en el mercado. Este requisito de indispensabilidad conlleva no solo que tal servicio no sea sustituible de forma real sino también potencialmente (es decir, que no pueda llegar a duplicarse u ofrecerse dicho servicio a corto plazo.)
- 3) Si la negativa de suministro/prestación del servicio o producto no puede ser justificada objetivamente⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Desarrollada esta doctrina por las autoridades americanas, fue acogida en Europa en la década de los 90. Sigue este autor diciendo que esta doctrina es cada vez más utilizada por las autoridades sectoriales de regulación. BOY, L.: "Abuse of market power: controlling dominance or protecting competition?", en Ullrich, H., *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, Ascola (Academic Society for Competition Law), 2006, pág. 213. Además, véase el capítulo II de este trabajo respecto a las relaciones entre Derecho de la Competencia y regulación sectorial, ya que esta doctrina se enmarca en el ámbito del Derecho de Competencia.

⁶⁸⁷ Definición, -lo suficientemente amplia para abarcar diversas categorías de negativa de suministro, lo que veremos en el capítulo siguiente en el epígrafe de Categorización de la EFD-, y que ofrece la OECD - "The essential facilities concept", París 1996, OCDE/GD (96)113. Como ejemplo este informe dispone que "*tal doctrina puede especificar cuándo debe garantizarse la disponibilidad de una vía férrea bajo términos "razonables" a una empresa ferroviaria rival.*"

⁶⁸⁸ Asunto del TJCE C-7/97 *Oscar Bronner c/ Mediaprint*, 1998, Rec. I-7791, que examinaremos más adelante. Dichos requisitos se citan en su párrafo 41, haciendo referencia al caso *Magill*.

⁶⁸⁹ Ejemplo de justificación objetiva sería que la instalación no cuenta con capacidad

Si se cumplen estos requisitos, el recurso se considera esencial, y por tanto, la negativa de la compañía en posición de dominio a dar acceso a un nuevo competidor, o denegarlo a un competidor existente, se considera un abuso de dicha posición y por lo tanto, infringe el art. 102 TFUE⁶⁹⁰. En otras palabras, cuando una instalación es esencial, se presume el deber de garantizar el acceso o de prestar el servicio a los competidores, si no, por el contrario, la empresa dominante debe ofrecer una justificación objetiva. Lógicamente, si el recurso es esencial, el incumbente que lo gestione o sea propietario detendrá una posición de dominio en el mercado donde se sitúe ese recurso esencial.

No debemos olvidar, como hemos visto en el capítulo III, que no es la posición de dominio en un determinado mercado lo que se prohíbe, sino la explotación abusiva de la misma. Poniendo esto en relación con la presunción que he mencionado en el párrafo anterior, se concluye que, cuando un recurso es considerado esencial, el gestor o propietario debe garantizar el acceso en términos no-discriminatorios. Ahora bien, si el recurso no es esencial, no surge un deber de dar acceso o de suministrar tal servicio o producto, por la simple razón de que el abuso de la posición dominante, que es lo que se prohíbe, no ha quedado demostrada. De ahí la importancia de determinar rigurosamente la esencialidad o no del recurso.

Por ello, el debate doctrinal surge a la hora de interpretar los tres requisitos citados, no ya solo por la dificultad de definir y aplicar los conceptos de *competencia*, *indispensabilidad* o *justificación objetiva* a una situación particular, sino porque tales conceptos dependen del caso concreto y porque los tres están íntimamente relacionados cuando de su aplicación específica se trata. Su análisis se solapa asimismo con el análisis tradicional de los requisitos de aplicación del art. 102 TFUE. Y como la misma aplicación de la EFD/DRE depende de la interpretación que se de a los requisitos citados, especialmente *-cuando la competencia es eliminada en un mercado-*, es, en

suficiente, al acoger ya mucho tráfico, como para dar entrada a un nuevo competidor.

⁶⁹⁰ La OECD expone una lista no exhaustiva de tipos de negativa de suministro que pueden acogerse en la dicción del art. 102 TFUE:

- negativa de suministro de input (productos y servicios) clave;
- negativa de suministro por el propietario de información esencial o de dar licencia de derechos de la propiedad intelectual;
- negativa de garantizar el acceso a una red o recurso esencial, o hacerlo únicamente en términos antieconómicos. (El acceso en términos antieconómicos constituye una 'constructive refusal', concepto al que nos hemos referido en el capítulo anterior, pág. 71).
- comprensión de márgenes (*margin squeeze*) (que también constituye una negativa constructiva).

OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs (Competition Committee) - "Refusals to deal", (OECD), DAF/COMP (2007)46, 03-Sep-2009, pág. 203.

consecuencia, fundamental tener muy claros principios, conceptos y definiciones del Derecho de la Competencia⁶⁹¹, de los que se nutre la EFD/DRE, y a los que nos hemos referido en el capítulo anterior. Procedamos a su examen particular:

1) Primer requisito: eliminación de toda la competencia en el mercado

Es fundamental, en particular, el análisis del primero de los requisitos, ya que en gran medida influye en la aplicación de los otros dos⁶⁹², esto es, que “*la denegación del producto o servicio pudiera eliminar toda competencia en el mercado por parte de quien solicita el producto o servicio*”. Lo que, sin duda, implica la exclusión del competidor del mercado relevante. Según hemos visto en el anterior capítulo, para que el abuso se considere anticompetitivo y pueda aplicarse el art. 102 TFUE es necesario, además, que la negativa tenga un efecto importante en la competencia en un determinado mercado, en el sentido de que pueda llegar a afectar a la estructura competitiva de ese mercado.

Si de lo que se trata con esta doctrina es proteger la competitividad de un mercado, -que es un principio de Derecho Comunitario, como expusimos en el capítulo III, recogido además como Derecho primario⁶⁹³ en el Tratado (arts. 119 y 120 TFUE⁶⁹⁴)-, es únicamente cuando la competencia ha sido seriamente dañada o puede esperarse que la misma no surja en un determinado mercado, cuando un caso de “esencialidad” surge. Retomando el análisis del abuso estudiado en el capítulo anterior⁶⁹⁵, la clave de la cuestión consistirá, pues, en valorar si el dueño o gestor del recurso esencial está

⁶⁹¹ Por ello, -recalcamos-, hemos dedicado el capítulo anterior a un estudio y análisis del Derecho de la Competencia.

⁶⁹² Requisitos sobre los que reincidiremos a lo largo de este capítulo.

⁶⁹³ Recordemos, como hemos visto en el capítulo I (epígrafe II-2-2.1, especialmente nota al pie 22), el *principio de universalidad* del Tratado, cuyos preceptos se aplican universalmente a todos los sectores de la economía, y por tanto, sus arts. 101 a 109 que es el núcleo del Derecho de la competencia comunitario. Por otro lado, el Derecho del Tratado es primario y por tanto, prevalece sobre legislación secundaria comunitaria (directivas, reglamentos, decisiones) y sobre la legislación nacional, siendo subsidiario en lo que ésta no regule pues es ley especial. Asimismo, debe tenerse en cuenta el art. 4-3 del TUE que prohíbe a todas las autoridades nacionales aplicar cualquier medida que pudiera amenazar la consecución de los objetivos del Tratado, entre ellos, restringir o falsear el libre juego de la competencia. Al respecto véase el capítulo II.

⁶⁹⁴ El art. 119 TFUE establece que para alcanzar los fines del Tratado se incluirá la adopción de una política económica “que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. El art. 120, igualmente, dice que “Los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia,...”.

⁶⁹⁵ Véase el epígrafe IV-5.3.A).

sometido a una presión competitiva efectiva, o bien en forma de que existan otros recursos análogos que compitan en el mercado primario con la empresa dominante, o bien en forma de otros recursos potenciales que otras empresas pudieran crear o reproducir⁶⁹⁶.

De modo que para valorar si la empresa dominante esta sometida a una competencia efectiva, habrá que llevar a cabo un análisis de mercado en el marco del Derecho de la Competencia, (incluso aun cuando estemos en un ámbito de regulación sectorial⁶⁹⁷), empezando, como hemos visto en el capítulo anterior, por definir el mercado relevante o de referencia, teniendo en cuenta no solo, si es un mercado de producto o de servicios, sino también cuál es el mercado geográfico y otra serie de características que dependerán del caso concreto⁶⁹⁸. A más abundamiento, la consideración o no de la esencialidad de un recurso dependerá de la visión más amplia o estricta que se dé a la definición del mercado relevante⁶⁹⁹. Es decir, si se considera al mercado suficientemente competitivo, no tendrá por qué valorarse el recurso como esencial. Por el contrario, si se define al mercado como muy poco competitivo, habrá más probabilidades de que en dicho mercado no exista suficiente competencia, y consecuentemente, habrá más probabilidades de que el recurso sea indispensable, y por tanto, de aplicar la doctrina de los recursos esenciales.

En la doctrina, TEMPLE LANG, J.⁷⁰⁰ escribe: *“Una empresa dominante tiene, al menos en algunos casos, un deber de suministro/prestación de servicios, si su negativa causara un efecto significativo en la competitividad.... Cuando un cliente es también un competidor de la empresa dominante en el mismo mercado, generalmente en el mercado derivado, el efecto en la competencia depende en gran medida de tres factores:*

⁶⁹⁶ Véase RIDYARD, D., “Essential facilities and the obligation to supply competitors”, 8 *ECLR*, 1996, pag. 448.

⁶⁹⁷ Como hemos visto en el cap. II, epígrafe III-3, en relación a la *Metodología* del Derecho de la Competencia.

⁶⁹⁸ Tal y como hemos visto en el cap. III, a lo largo del epígrafe IV-3.1.

⁶⁹⁹ En esta línea RENDA, A.: “Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine”, *Telecommunications Policy*, 2010, vol. 34, n° 1-2, pág. 25, indica que *el que un recurso pueda ser reproducido es una cuestión de cómo sea definido el mercado relevante: si se mantiene la red de banda ancha de telecomunicaciones artificialmente separada de la red de cable, entonces se confina la duplicación del recurso a la replicabilidad de esa misma red, más que al despliegue de infraestructura alternativa que pueda competir con el cobre.*

⁷⁰⁰ Véase TEMPLE LANG, J.: “Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities” en *Fordham International Law Journal*, 1994-1995, vol. 18, n° 437, pp. 439-524. Temple Lang, J. que fue un Director de la DG IV (Dirección General de la Competencia en la Comisión Europea) desde 1988 a 2000, y durante 1995 a 2000 fue Director responsable de telecomunicaciones, electrónica y media, es uno de los autores que más ha investigado, en el ámbito europeo, con relación a la EFD/DRE.

- 1) Si el comprador puede obtener el producto o servicio de otra fuente⁷⁰¹;
- 2) Si ya existen otros competidores en el mercado derivado⁷⁰²; y
- 3) Cuanta importancia tiene el producto o servicio para el negocio del comprador, es decir, como afectaría la negativa de suministro en su actividad comercial.”

De este modo, si el comprador tiene otra fuente de suministro del servicio, si el servicio puede ser sustituido, o si solo se trata de un competidor más, la prohibición de negar el suministro/acceso realmente no influye de modo significativo en la competitividad de ese mercado, entonces el Derecho de la competencia no puede obligar a la empresa dominante a prestar el servicio. Sin embargo, si, en la práctica, la negativa de acceso o suministro de la empresa dominante significa que un competidor de los pocos competidores que existen en el mercado se ve forzado a salir del mismo, entonces hay un deber de dar acceso/prestar el servicio. Por tanto, el acceso a una instalación es esencial cuando la negativa de acceso pueda a expulsar a todos o la mayoría de los competidores de dicho mercado⁷⁰³.

Surge, así, un principio: *una empresa dominante tendrá un deber de dar acceso, suministrar un producto o prestar un servicio, si la negativa a ello causara un efecto significativo en la competitividad de un mercado*. De este modo, cuanto mayor sea el efecto que pueda tener en dicha competitividad, más difícil será justificar objetivamente la negativa de dar acceso/prestación/suministro⁷⁰⁴ (tercer requisito).

2) Segundo requisito: indispensabilidad del recurso

A medida que se profundiza en la aplicabilidad de los requisitos que exige esta Doctrina,

⁷⁰¹ Véase al respecto en este trabajo la *Sustituibilidad en el lado de la oferta* en el cap. III, epígrafe IV-3.1.A), pág. 34.

⁷⁰² Véase al respecto la *Sustituibilidad de la demanda* en el cap. III, epígrafe IV-3.1.A), pág. 31.

⁷⁰³ Consecuentemente, el deber de no discriminar y dar acceso a la instalación o prestar un servicio solo surge cuando la instalación es genuinamente esencial. De ahí, que aunque TEMPLE LANG, J. no considera que sea necesario para que el recurso sea esencial que constituya un monopolio natural, sin embargo, algún autor si ha sugerido que la teoría de los recursos esenciales solo tiene aplicación a los monopolios naturales. Como BERGMAN, M.A.: “The Bronner case: a turning point for the essential facilities doctrine”, *ECLR*, vol. 21, n° 2, Febrero 2000, pp. 59-63, que dice que se exige el acceso cuando se trata de un mercado en el que dos o más empresas no pueden nunca ser económicamente viables por sí mismas a no ser que se aplique la EFD/DRE. Siendo que además, la infraestructura ferroviaria es caracterizada como monopolio natural en el Considerando 40 de la Directiva 2001/14, analizada en el primer capítulo de este trabajo.

⁷⁰⁴ Y consecuentemente, la amplitud o la limitación de como definamos un mercado también influirá en que este sea o no más competitivo. Ya lo hemos visto, no tiene la misma amplitud el mercado de todos los transportes en general que únicamente considerar el mercado de servicios ferroviarios de transporte.

como podremos observar seguidamente en el análisis de la Jurisprudencia, los criterios para su valoración han evolucionado en el sentido de acogerse a una interpretación más rigurosa de los mismos. El caso *Bronner* viene a recoger sistemáticamente unos criterios que ya se estaban aplicando en la Jurisprudencia, más o menos con una cierta amplitud en su interpretación; sin embargo, la citada sentencia supone un cambio importante en su aplicación al introducir una interpretación restrictiva de los mismos. En relación con el segundo requisito de la indispensabilidad del recurso, se restringe su interpretación de modo que sea económicamente impracticable para *todos* los competidores duplicar el recurso/instalación (crear/construir un nuevo recurso), en contraste con los casos anteriores, en los que bastaba que fuera imposible de reproducir, sólo para la compañía competidora del caso en cuestión, es decir *únicamente* para ese competidor específico.

De este modo, este segundo requisito viene a completar al primero introduciendo el *test objetivo*⁷⁰⁵, y en consecuencia, si la desventaja por denegar el acceso supone que la actividad de los competidores en el mercado en cuestión será *ya imposible, ya permanente, seria y económicamente inviable*, por no poder reproducir el recurso, entonces existe una barrera insuperable para el acceso a dicho mercado.

3) Tercer requisito: la justificación objetiva

Sólo se eximirá a la empresa dominante de la obligación de acceso o suministro del producto o servicio si puede aportar una justificación objetiva para denegar dicho acceso o suministro. Justificaciones objetivas que van desde circunstancias que imposibilitan físicamente el acceso hasta razones comerciales. Sin embargo, se valoran restrictivamente y además la empresa dominante ha de demostrar dicha justificación fehacientemente, lo que puede entenderse como una inversión de la carga de la prueba; cuestión sobre la que reincidiremos más adelante.

⁷⁰⁵ El test objetivo es que sea imposible reproducir la instalación para la generalidad de los competidores y no solo para uno. En otras palabras, el Tribunal de Justicia en el caso *Bronner* (asunto C-7/97 *Oscar Bronner GMBH & CO. KG c/ Mediaprint* (1998) ECR I-7791) sugiere que el coste de la réplica de instalaciones alternativas debía ser medido respecto al competidor que alcanzase la “minimum efficient scale”. La escala mínima eficiente es, según la Comisión Europea, el nivel de productividad necesario para minimizar el promedio de costes (*average cost*), agotando las economías de alcance. Véase al respecto el *Discussion Paper on the application of art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, de diciembre de 2005, en su pag. 14 (párrafo 40, tercer guion). Además véase BEGG, D., FISCHER, S. y DORNBUSCH, R.: *Economics*, 5ª edición, McGraw- Hill, UK, 1997, p. 109: *Las economías de alcance se refieren a una situación en la que la producción conjunta de una sola empresa es mayor que la producción que podría haberse logrado por dos empresas diferentes cada una produciendo un producto individual (con materias primas equivalentes para la producción adjudicadas entre las dos empresas)*. No debe confundirse con las economías de escala, que se refieren a una situación en la que el promedio de costes a largo plazo de la producción decrece a medida que la producción aumenta.

III. PRECEDENTES DE LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES

Para seguir profundizando en el estudio de esta doctrina es fundamental hacerlo de la mano de la Jurisprudencia, puesto que surge de ésta y evoluciona en su seno. La Jurisprudencia se desarrolla a través de una serie de casos no siempre en áreas relativas al transporte, pero que establecen y determinan la evolución de la EFD/DRE, y que vamos a revisar seguidamente. Ahora bien, también colaboran especialmente en el desarrollo de la EFD/DRE los casos en el ámbito del transporte, a los que dedico un apartado específico más adelante, y en particular, los asuntos relativos al transporte ferroviario (epígrafes IV y V).

Como la EFD/DRE es “importada” de la Jurisprudencia americana, es inevitable revisar los casos más importantes dentro de este contexto, sobre todo para ver las diferencias existentes en uno y otro sistema antitrust, que se ponen de manifiesto y agudizan en la aplicación de esta doctrina. Por ello, primero repasamos los casos más importantes en la Jurisprudencia de USA y después los casos de la Jurisprudencia de la UE, que en esta última se engloban bajo la figura de la ‘negativa de suministro/trato/acceso’⁷⁰⁶.

1. LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES EN LA JURISPRUDENCIA USA

1.1. Los casos más importantes en la Jurisprudencia USA:

1) El primer caso de recursos esenciales: “Terminal Railroad” de 1912

El origen de la Doctrina se remonta a 1912, al asunto *Terminal Railroad Association*⁷⁰⁷ juzgado por el Tribunal Supremo de USA. Se trataba de una asociación de 38 miembros que englobaba la mayoría de las terminales ferroviarias que operaban en la ciudad de San Luis, unificándose como una terminal única. Dicha Asociación o *joint venture* compró los dos únicos puentes ferroviarios que se extendían sobre el río Mississippi

⁷⁰⁶ Nos referimos a *negativa o denegación de suministro, trato o acceso* indistintamente según las particularidades del caso. El termino en ingles es ‘refusal to supply’, pero puede consistir además en la negativa en dar acceso a una instalación o también una negativa de tratar o contratar (entablar relaciones comerciales) con una empresa determinada.

⁷⁰⁷ *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383, 56 L. Edición 810, 32 S.Ct. 507 (1912).

dando acceso a San Luis desde la orilla del Estado de Illinois⁷⁰⁸. La situación geográfica y topográfica de la ciudad hacía imposible para cualquier empresa ferroviaria alcanzarla o incluso pasar a través de ella, sin usar esta red vital de conexión enteramente controlada por la Asociación. El Tribunal encontró pruebas de discriminación de precios en las tarifas de acceso a las citadas instalaciones. Bajo la Sección 1 del Sherman Act⁷⁰⁹, el Tribunal requirió a la Asociación a su apertura a la incorporación de miembros nuevos en plano de igualdad con los propietarios asociados en aquel momento y, al uso de la instalación por otras compañías ferroviarias que no fueran miembros de la Asociación sin discriminación en los términos de acceso. El Tribunal mantuvo que la Asociación debería comportarse como “*a proper terminal association acting as the impartial agent of every line which is under compulsion to use its instrumentalities*”⁷¹⁰, aunque no se llegó a explicar el fundamento ni el alcance de esta obligación de acceso⁷¹¹.

En el Derecho antitrust norteamericano, la EFD/DRE, sin estar reconocida expresamente como tal por el Tribunal Supremo, se ha aplicado en el marco de ambas Secciones del Sherman Act. Es una diferencia fundamental con el Derecho comunitario que únicamente se ha aplicado en el marco del art. 102 TFUE⁷¹².

En el área de las prácticas concertadas, la Sección 1 del Sherman Act, al contrario que el art. 101 TFUE, no contiene ninguna excepción expresa⁷¹³. La Sección 1 ha podido ser aplicada flexiblemente gracias a la ‘regla de la razón’⁷¹⁴ o *rule of reason*. El origen judicial y el contenido impreciso de la *rule of reason* aportan una mayor flexibilidad en la

⁷⁰⁸ El río Mississippi divide los dos Estados de Missouri e Illinois, por lo tanto la ciudad de San Luis se encuentra en la orilla del Estado de Missouri, la orilla opuesta es el Estado de Illinois.

⁷⁰⁹ Recordemos que la Sección 1 prohíbe “*todo contrato, combinación en forma de organización, o conspiración, que restrinja el comercio...*”. Por otra parte, este asunto fue clasificado como un ‘*joint venture essential facility case*’ por BLUMENTHAL, W.: “Compulsory access under the antitrust laws”, King & Spalding, Washington DC, 1989, pág. 6.

⁷¹⁰ Traduzco lo más literal posible: “*una asociación de terminales ferroviarias que actúe como es debido* (conforme a criterios comerciales), *como un agente imparcial para cada línea que se vea forzada a usar sus recursos*”. El paréntesis es añadido nuestro.

⁷¹¹ Como hemos dicho es el primer caso de esta doctrina, y el Tribunal no se planteó en aquel momento la naturaleza y/o generalización de la obligación de acceso que impuso a la Asociación *Terminal Railroad*.

⁷¹² Véase al respecto capítulo III de este trabajo, epígrafe IV-6.4 sobre los Oligopolios. Por otra parte, FURSE, M. en “The essential facilities doctrine in Community Law”, *ECLR*, vol. 16, n° 8, nov.-dic. 1995, pp. 469-473, nos advierte de los peligros de importar en el Derecho Comunitario principios desarrollados en un contexto diferente. La EFD/DRE ha sido aplicada bajo la Secc. 1 del Sherman Act, pero nunca en el marco del art. 101 TFUE. La formulación de la Secc. 2 del Sherman Act es diferente de la del art. 102 TFUE y no cubre las mismas situaciones (como se verá un poco más adelante).

⁷¹³ El art. 101, en su apartado 3 dice: “*No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a...*”. Véase el capítulo III, epígrafe III.

⁷¹⁴ O si se quiere “regla del sentido común”.

aplicación de la Sección 1 que cuando se aplica la excepción del art. 101(3) TFUE, que establece expresamente las situaciones en las que se puede dar una excepción a la prohibición general de concertación colusoria. Por tanto, una regla que legitima acuerdos entre empresas, -como por ejemplo en situaciones a las que se considera que le son aplicables la EFD/DRE-, sería más fácil de aplicar en la práctica americana que en el sistema comunitario de Derecho de la competencia.

Este caso *Terminal Railroad Association* es una aplicación temprana de la “regla de la razón”. El Tribunal Supremo entendió que la Asociación propuesta promocionaba la eficiencia, pero al mismo tiempo podía impedir la competencia. Así, en vez de imponer como medida el desmantelamiento de dicha Asociación, el Tribunal americano identificó el recurso como esencial e impuso el acceso en igualdad de condiciones para otros competidores.

Como ya hemos indicado, el Tribunal Supremo de USA nunca ha reconocido la doctrina de las "essential facilities" bajo esta rúbrica. Ahora bien, los Tribunales federales en los Estados Unidos han encontrado las opiniones del Tribunal Supremo consistentes con la perspectiva de que la negativa de acceso a una instalación esencial, bajo ciertas condiciones, puede constituir una infracción del Derecho antitrust. En efecto, una Jurisprudencia considerable se ha desarrollado en USA en relación con las resoluciones de estos tribunales inferiores (al Supremo)⁷¹⁵ respecto a la EFD/DRE, aunque no siempre con coherencia. De ahí la necesidad de abordar su estudio.

2) El asunto *Associated Press* de 1945: una red de noticias

También resuelta en el marco de la Sección 1 del Sherman Act, -aunque como abuso de posición dominante colectiva⁷¹⁶-, el asunto *Associated Press*⁷¹⁷ se refiere a las actividades

⁷¹⁵ De este modo RENDA, A.: “Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine”, *Telecommunications Policy*, 2010, vol. 34, nº 1-2, pág. 2 dice que *incluso si puede considerarse la doctrina una elaboración de los tribunales USA, debe recordarse que fue únicamente una elaboración de los tribunales inferiores, no del TS. Aunque el TS ha evitado la imposición de obligaciones de acceso bajo el término DRE/EFD, cada tribunal de apelación lo ha hecho expresamente.*

⁷¹⁶ En Derecho antitrust USA se reprende el abuso de posición dominante colectiva en el marco de la Sección I del Sherman Act, es decir, se configura como concertaciones entre empresas, ya que el monopolio, del que se encarga la Sección II, solo puede provenir de una empresa sola, a diferencia del art. 102 TFUE que engloba también la posición dominante colectiva. Véase cap. III, epígrafe IV-6.

⁷¹⁷ *Associated Press v. United States of America*, 326 US 1 (1945), USSCR 89 L. Edición 2013.

de una combinación de empresas. Se trataba de una red de aproximadamente 1200 periódicos que compartían entre ellos sus noticias locales, pudiendo, de este modo, publicarse en los distintos periódicos sin tener que cubrir la noticia personalmente en cada localidad. Sin embargo, los estatutos de Associated Press prohibían vender noticias a los que no fueran miembros de esta Asociación y, aunque permitían la incorporación de nuevos miembros en su sistema de participación de noticias, si compitieran con los miembros existentes, estos podían bloquear la admisión. El Tribunal Supremo adujo que era prácticamente imposible para cualquier periódico establecerse individualmente o mantener las características que exigía dicha organización; la imposibilidad de comprar noticias a las agencias más grandes, o de cualquiera de su multitud de miembros, tenía efectos graves en la publicación de noticias por parte de los periódicos competidores. El Tribunal de Distrito consideró el acuerdo “*simple y llanamente diseñado con el interés de evitar la competencia*”, argumento que también mantuvo el Tribunal Supremo, a pesar del hecho de que los recursos compartidos de la Asociación en cuestión eran el producto de la “*iniciativa individual y sagacidad, esfuerzo o ingenio*”, ya que los miembros unían sus recursos para el bien de toda la Asociación, aunque para la exclusión de otros. El Tribunal Supremo exigió que las empresas rivales fueran admitidas en la Asociación, en términos similares a los de los miembros existentes. Se considera, en general, que el asunto Associated Press ha supuesto una clara guía a la aplicación del Sherman Act frente al “*cierre o bloqueo de recursos escasos*” (*foreclosure of scarce facilities*)⁷¹⁸.

Por otra parte, la argumentación que subyace en la aplicación de la EFD/DRE es que supone una medida menos drástica para solucionar los abusos discriminatorios que el desmantelamiento de la Asociación, tanto en este caso como en el anterior *Terminal Railroad Association*, ya que se trata de asociaciones que rinden beneficios a la industria, es decir, que son eficientes y que no conviene eliminar.

Respecto a este asunto FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S.⁷¹⁹ plantean una

⁷¹⁸ Consideramos que cuanto más escaso es un recurso, mas difícil de obtener es y, por lo tanto, supone un indicio de su dificultad de poderse reproducir, por lo que un recurso escaso puede llevar a considerar un recurso como esencial.

⁷¹⁹ FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S., en *Essential Facilities, Infrastructure, and Open Access*, ed. Loyola University, Chicago, 2006, pp. 53 y 54, también indican que la red de noticias de la Asociación era un *input* -o insumo- para dos mercados derivados diferentes. El primero de ellos es aquel constituido por los periódicos que usaban el servicio de Associated Press para rellenar sus periódicos diarios con noticias acerca de localidades donde ellos mismos no podían permitirse reporteros. De este modo, Associated Press contaba con importantes efectos de red, cuantos más periódicos se unieran, mas valioso seria ser miembro de la Asociación. El segundo mercado estaba constituido por la enorme variedad de actividades culturales, artísticas y productivas que podían desarrollar los lectores de los periódicos, respecto a las cuales las noticias

cuestión que tiene que ver con la problemática analizada en el capítulo II de este trabajo respecto a los límites entre regulación y Derecho de la competencia. Consideran que el tamaño y naturaleza de la red de Associated Press no permitía la creación de un régimen que pudiera regular esta industria de un modo remotamente eficiente. Tampoco quedaba claro si tal régimen regulatorio, si pudiera ser creado, sería constitucional en USA. Por lo tanto, deducen los autores, que los tribunales eran la institución apropiada para resolver esta disputa y la única posible vía para resolverla, es decir, en el ámbito del Derecho de la Competencia. La dificultad que surgía para los tribunales, -puesto que no son autoridades de regulación-, era la determinación de los términos y precios de acceso para los nuevos miembros a la red de Associated Press. Sin embargo, estas condiciones de acceso ya estaban recogidas en los propios estatutos de Associated Press para los miembros existentes; asimismo también podían establecerse en los mismos, soluciones relativas a los incentivos para incorporar nuevas noticias evitando el aprovechamiento gratuito respecto a las mismas por parte de algunos miembros, por ejemplo a través de requisitos de incorporación de nuevos contenidos y no meramente la publicación de noticias producidas y editadas por otros miembros.

3) El asunto *Otter Tail Power* de 1973, por el que se aplica la doctrina a un sector regulado

El siguiente caso significativo en la evolución de la EFD/DRE es el asunto *Otter Tail Power*⁷²⁰, en el que el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal de Distrito de Minnesota, por la que se dictaminó que dicha compañía había infringido la Sección 2 del Sherman Act, al negarse a vender al por mayor energía eléctrica, y también, al negarse a distribuirla desde otros mayoristas competidores a través de sus líneas de distribución a los sistemas municipales también competidores existentes o potenciales, que querían comprarla al por mayor de esas otras empresas rivales mayoristas y necesitaban de la red de distribución de la empresa Otter Tail Power. El comportamiento de Otter Tail tenía el propósito de retrasar y evitar el establecimiento de sistemas eléctricos municipales, puesto que Otter Tail distribuía la energía al por menor en 465 municipios en tres

eran un *input*, y que implicaban unos incalculables beneficios en forma de externalidades positivas para la sociedad en general. Los contenidos de las noticias podían ser consumidos por los lectores por ocio, pero también podían constituir la base de futura investigación, ficción, poesía, cartas a la editorial, acciones sociales y comunitarias y todo el conjunto de producción comercial, artística, social y estética imaginables. Garantizar el acceso a las noticias a los periódicos competidores era un conducto para permitir el acceso a sus lectores para usar los *inputs* de información para beneficio de la sociedad en su conjunto.

⁷²⁰ *Otter Tail Power Co. v United States*, 410 US 366 (1973), USSCR 35 L. Edition 2d 359.

Estados (91% de los municipios de su área de servicio). El Tribunal Supremo aceptó la determinación del tribunal inferior de que Otter Tail había usado su posición de dominio para bloquear a los competidores potenciales el acceso a la distribución al por menor de la energía eléctrica, al no poder obtener energía eléctrica de otras fuentes exteriores de abastecimiento al por mayor, por no haber podido usar la red de distribución de Otter Tail. Los argumentos de Otter Tail no convencieron al Tribunal de que la razón del uso de esta estrategia era evitar su propio declive comercial. El Tribunal decretó como obligación a Otter Tail la distribución a través de su red de líneas a precios compensatorios por el servicio prestado, pues el Tribunal era consciente de que se trataba de una industria regulada y, no estaba tratando de sentar un deber general de suministro en todo caso a aquellos en posesión de un recurso monopolístico⁷²¹.

Tampoco se refirió expresamente el Tribunal a la DRE/EFD, pero algunos tribunales reconocen que con este asunto se formó la base de la DRE/EFD en el contexto de la conducta individual de las empresas⁷²², es decir bajo la Sección 2 del Sherman Act. Por tanto, en la evolución de la aplicación de la DRE/EFD, el asunto *Otter Tail Power* se diferencia de los dos anteriores en que se trataba de una industria regulada a la que se aplicó el Derecho antitrust por haberse cometido una infracción anticompetitiva, y que se enmarcó su enjuiciamiento, por primera vez, en el ámbito de la Sección 2 del Sherman Act.

4) El asunto *Hecht v. ProFootball* de 1978: la utilización expresa del término “essential facilities”⁷²³

Se considera que el término ‘essential facilities’ fue por primera vez utilizado en el asunto

⁷²¹ Una de las preocupaciones en la aplicación de la DRE/EFD es que no son los tribunales la institución más adecuada para establecer un precio o tarifa de acceso, ya que esta función es propia de los organismos regulatorios en una posición más apropiada para ello por su conocimiento experto del sector. En este asunto, sin embargo, el TS tenía el beneficio de la regulación del sector llevada a cabo por la Comisión Federal de la Energía para el establecimiento de los precios y condiciones de acceso. Lo cierto es que la función de los tribunales no es establecer los estándares de acceso sino si al competidor se le ha denegado acceso ilegalmente o discriminadamente.

⁷²² Véase KEZSBOM, A. y GOLDMAN, A.V. “No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the ‘Essential Facilities’ Doctrine,” 1996 (vol. 1) *Columbia Business Law Review* 145, pág. 6. Asimismo, BLUMENTHAL, W. en *Compulsory access under the antitrust laws*, King & Spalding, Washington DC, pág. 10. De este modo, este asunto fue clasificado como un ‘*Single Firm Bottleneck Monopoly Case*’, es decir como un monopolio o cuello de botella (*bottleneck*) del que una única empresa es propietaria y operadora.

⁷²³ El Asunto *Hecht v. ProFootball Inc.* 570 F. 2d 982, 992-993 (DC Cir.1977) cert. denied 436 US 956 (1978) (football stadium).

*Hecht v. ProFootball*⁷²⁴ en 1977, el cual citaba, entre otros, en sus pronunciamientos, al caso *Otter Tail Power*. Se trataba de un acuerdo de leasing de treinta años por el que el estadio Robert F. Kennedy no podía ser utilizado por ningún otro equipo de fútbol profesional que no fueran los '*Washington Redskins*'. En este caso se aplicó la doctrina de las 'essential facilities' como una regla *per se*, es decir, una vez determinada la naturaleza esencial de un recurso, se consideró que toda posible competencia está por definición excluida y por ello, cualquier restricción de acceso es por sí misma considerada injustificada.

Llegados a este punto es importante recordar que la Sección 2 del Sherman Act prohíbe la monopolización y el intento de monopolización⁷²⁵. Cuando una negativa de acceso a una infraestructura constituye un medio de adquirir o mantener un monopolio, o de intento de monopolización, se da una infracción antitrust. Mientras que la Sección 2 se centra en la forma en la que las empresas adquieren este poder de monopolio, subrayamos aquí que el art. 102 TFUE tiene como objetivo controlar la explotación del poder dominante. Es una diferencia fundamental porque el art. 102 no engloba la prevención de estas situaciones, sino que ha de esperar a que se produzca un abuso para poder castigarlo⁷²⁶, de lo que podría deducirse que el Sherman Act abarca un mayor número de posibles situaciones⁷²⁷. Este vacío legal (-de no prevención o prohibición del

⁷²⁴ Véase al respecto DOHERTY, B.: "Just what are essential facilities?", *CMLR* 38 (2), 2001, pp. 397-436, nota al pie 2.

⁷²⁵ Véase el capítulo III, epígrafe IV-6.4; Recordemos que la Sección 2 condena "la monopolización o intento de monopolización, o la combinación o conspiración para monopolizar...". En otras palabras, se prohíbe la adquisición, intento de adquisición o mantenimiento de un poder de monopolio a través de medios anticompetitivos.

⁷²⁶ KOKKORIS, I.: *A gap in the enforcement of article 82*, British Institute of International and Comparative Law, 2009, pág. 21, haciendo referencia a Roller, dice que el art. 82 TCE solo se aplica a empresas que ya son dominantes; la conducta anticompetitiva que conduce a la posición dominante no se castiga en Europa bajo el art. 82 TCE como abuso excluyente. Se da entonces un vacío legal en los casos en que la posición dominante es resultado de la conducta excluyente, pero no al revés (pues en este último caso ya se castigan bajo el art. 82).

⁷²⁷ Dice PELLISE CAPELL, *La explotación abusiva de una posición dominante*, ed. Civitas - Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 2002, nota al pie 529: "en la aplicación de la Sección 2ª de la Sherman Act, aunque el término 'monopolize' es entendido de forma general en este precepto como un acto tendente a crear o reforzar una posición dominante en el mercado y va por tanto más orientado a evitar posiciones de dominio que a controlarlas... se va formando una segunda noción tendente a considerar que también hay monopolización en el sentido de la Sección 2ª cuando una empresa que controla instalaciones esenciales para el suministro de bienes o servicios en otro mercado niega el acceso a esas instalaciones sin una justificación objetiva." Así en el Derecho norteamericano se entiende la DRE/EFD como otra forma de monopolización, que se proyecta en otro mercado. Por su parte, SCHWEITZER, H. en "The History, Interpretation and Underlying Principles of Sección 2 Sherman Act and Article 82 EC", *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007, dice que "Las tendencias regulatorias del art. 82 son frecuentemente atribuidas a su formulación: en vez de adoptar una prohibición de monopolización análoga a la Secc. 2 Sherman Act, los

intento de monopolización-) viene a colmarse en la legislación comunitaria a través del control de concentraciones, siempre que dos o más empresas vayan a concentrarse y que de la concentración surja una entidad lo suficientemente dominante que la haga merecedora de tal control⁷²⁸. Ahora bien, entonces surge la cuestión de ¿cómo podemos evitar el intento de monopolización cuando se trata de una sola empresa (en contraste con el control de concentraciones que obviamente implica dos o más empresas)? De hecho, no parece que literalmente la letra del art. 102 TFUE recoja el apalancamiento de mercados, que es precisamente una situación de intento de monopolización por una empresa dominante en un mercado primario que intenta monopolizar (o extender su monopolio) al mercado secundario.

Es por ello que se argumenta que la DRE/EFD tiene una aplicación más extensiva en USA que en la UE. Sin embargo, en el sistema americano de competencia el principio preponderante, conocido como ‘doctrina Colgate⁷²⁹’, es que una empresa es libre de tener relaciones comerciales, o no, con quien estime conveniente, siempre que no exista un propósito de monopolización. Este principio es válido para cualquier empresa, incluso las dominantes, siempre que su conducta, como hemos dicho, no esté dictada simplemente por la intención de crear o reforzar una posición de monopolio.

El art. 102 TFUE en el ámbito comunitario, por el contrario, basándose en una responsabilidad especial por parte de las empresas dominantes, impone limitaciones

redactores del Tratado optaron por una mera prohibición del abuso de la dominación, y de este modo, aprobando generalmente la posición dominante, también establecieron un régimen para controlar su ejercicio.”

⁷²⁸ La concentración es el máximo grado de integración entre compañías. Desde el punto de vista del Derecho de la competencia existe una concentración cuando se produce una modificación estable en la estructura de control de una determinada empresa o de parte de una empresa. La normativa comunitaria de control de las operaciones de concentración contempla tres escenarios básicos en los que cabe encuadrar cada una de las posibles operaciones que pueden dar lugar a una operación de concentración:

- Cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan;
- Cuando una o más empresas mediante la toma de participaciones en el capital, la compra de elementos del activo o cualquier otro medio adquiere, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas; o
- Mediante la creación de una nueva empresa en participación (*joint venture*), que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente.

En el sector del transporte ha sido precisamente la formula de la creación de *joint ventures* la más utilizada en los procesos de concentración. Véase ORTIZ BLANCO, L. y SOPEÑA BLANCO, V.: “El Derecho de la Competencia comunitario en el sector de los transportes”, en J.M. Beneyto Pérez (dir.) y J. Maíllo González-Orus (coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, ed. Dykinson 2005, pag. 89.

⁷²⁹ Porque se afirmó por primera vez por el Tribunal Supremo en el asunto *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

estrictas en su comportamiento⁷³⁰. Se advierte por la doctrina, sin embargo, que la imposición de mayores obligaciones a las empresas dominantes, bajo la doctrina de las *essential facilities* en la UE, debe hacerse con cautela para no sobrecargar de obligaciones a estas empresas. El argumento en contra, es decir, a favor de una aplicación más extensiva de la DRE/EFD en la UE, es que la Sec. 2 del Sherman Act interviene en una fase más temprana que el art. 102 TFUE, ya que tiende a impedir la creación o reforzamiento de una posición monopolista, no meramente a castigar su abuso. Por lo tanto, en la UE, es en esta fase tardía, cuando las empresas dominantes están a punto de abusar del poder de mercado, (y aun no han llegado a cometer el abuso), cuando un control más estricto debería llevarse a cabo⁷³¹.

5) La versión moderna de la doctrina y sus requisitos en el asunto MCI Communications Corp. v. AT&T de 1983

El caso más destacable para la definición y aplicación de las ‘essential facilities’ en USA es el asunto que nos ocupa aquí. En *MCI Communications Corp. v. AT&T*⁷³² el entonces monopolio del servicio local de telefonía, AT&T, también operaba en el mercado de llamadas a larga distancia, y de este modo, controlaba los sistemas locales telefónicos necesarios para conectar ambos tramos finales de cualquier llamada de larga distancia. AT&T negó a MCI la interconexión con las instalaciones de distribución locales para completar las llamadas de larga distancia, limitando así la variedad de servicios que MCI podía ofrecer a sus clientes. En otras palabras, se imposibilitaba a MCI física, legal y prácticamente para crear su propio sistema local de telefonía. AT&T argumentó como justificación la incompatibilidad tecnológica y la falta de aprobación regulatoria para poder dar dicho acceso, pues se trataba de un mercado regulado. Sin embargo, el Tribunal (the 7th Circuit) mantuvo que⁷³³:

“la negativa de un monopolista a suministrar bajo estas circunstancias se rige por la tan nombrada EFD. Tal negativa puede ser ilícita porque el control por parte de un monopolista de un recurso esencial (también llamado ‘bottleneck’) puede extender el

⁷³⁰ Véase sobre la responsabilidad especial de la empresa dominante en el cap. III, el epígrafe IV-5.2 y la nota al pie 128.

⁷³¹ Es el argumento de HATZOPOULOS, V. respecto a la especial responsabilidad que se exige a las empresas dominantes en la UE, en “The EU essential facilities doctrine”, *RESEARCH PAPERS IN LAW*, European Legal Studies, College of Europe (www.coleurop.be), 6/2006, pag. 42.

⁷³² *MCI Communications Corp. and MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*, 708 F.2d 1081, 1132 (7th Circuit), 464 U.S. 891 (1983).

⁷³³ En el párrafo 191 de este asunto.

*poder de monopolio de un estadio de producción a otro, y de un mercado a otro*⁷³⁴. Así las leyes antitrust imponen a las empresas que controlan un recurso esencial la obligación de hacer disponible el recurso en términos no discriminatorios”.

El Tribunal, también citando los asuntos *Terminal Railroad, Hecht v. ProFootball y Otter Tail Power*, concluyó que tal negativa, cuando el suministro era técnica y económicamente viable, constituía un acto de monopolización. En este caso se establecieron cuatro requisitos que a partir de entonces son comúnmente citados para determinar una infracción en el contexto de la ‘essential facilities doctrine’ en la Jurisprudencia antitrust norteamericana⁷³⁵:

1. control de un recurso esencial por parte de un monopolista;
2. la inhabilidad de un competidor, practica o razonablemente, para duplicar el recurso esencial;
3. la negativa de utilización del recurso al competidor;
4. la viabilidad para hacer disponible el recurso;

Siguiendo estos requisitos, los tribunales en USA adoptaron ampliamente la DRE/EFD. No en vano se cita este asunto como la fuente de la versión moderna de la doctrina, como ponen de manifiesto FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S.⁷³⁶

6) El asunto *Aspen Skiing* de 1985, en el que se examina la ruptura de un acuerdo comercial rentable

El asunto *Aspen Skiing*⁷³⁷ es otro caso en el que el Tribunal Supremo evitó hacer una referencia expresa a la DRE/EFD, pero estuvo muy cerca, ya que confirmó el pronunciamiento del Tribunal de apelación, el cual se basó directamente en la misma doctrina. Aunque el TS justificó su veredicto en la teoría general de monopolización, sin

⁷³⁴ Se trata de una relación vertical porque la empresa pretende actuar en otra fase de la cadena de producción o distribución, además, correspondiendo dichos estadios a diferentes mercados.

⁷³⁵ De ahí que con la plasmación de estos requisitos se considere que este asunto formula la versión moderna de la doctrina. Estos requisitos también se recopilan en los mismos términos, como veremos más adelante en el presente capítulo en el epígrafe 2.2, en el párrafo 46 de las Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 28 de mayo de 1998, en el asunto C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*.

⁷³⁶ Véase de estos autores: “Revitalizing essential facilities”, *Antitrust Law Journal*, 2008, vol. 75, pág. 24.

⁷³⁷ *Aspen Highlands Skiing Corp. v Aspen Skiing Co.*, 472 US 585 (1985), 86 L Edición 2d 467.

embargo, no es posible explicar su pronunciamiento sin entender que consideró como un recurso esencial el ticket (multipase) que permitía el acceso a todas las instalaciones de esquí durante varios días y a diferentes áreas.

Se trataba de dos competidores que ofrecían servicios conjuntos para poder esquiar en la estación de esquí en Aspen. Ambas partes mantenían ya durante algún tiempo un acuerdo o *joint venture* en el que los esquiadores podían comprar un único pase por el que podían usar las instalaciones de una u otra empresa indistintamente. La empresa monopolista *Ski Co.*, que controlaba las instalaciones de tres montañas de esquí en Aspen, gradualmente impuso condiciones draconianas a la otra empresa y finalmente se retiró del acuerdo, por lo que la sociedad *Highlands*, que era dueña de la explotación de la cuarta montaña de esquí, se vio forzada a ofrecer exclusivamente un servicio, obviamente, mucho más reducido. El Tribunal mantuvo que en ciertas circunstancias, una empresa con poder de monopolio tiene un deber de cooperar con sus oponentes mas pequeños, sobre todo cuando las decisiones de la empresa monopolista no se tomaban por razón de una inquietud comercial legítima, sino con el fin de conseguir un impacto en la operatividad a largo plazo de su rival a costa del sacrificio de sus propios beneficios a corto plazo, que eran consecuencia del importante cambio en su actitud comercial que, en su momento, fue el origen de un mercado competitivo que había persistido durante varios años.

El tribunal de apelación estimó que se cumplían los cuatro requisitos plasmados en el anterior asunto *MCI v. AT&T*:

- 1) la empresa *Ski Co.* era propietaria de tres de las cuatro montañas, lo cual determinaba el primero de los requisitos: el control del recurso esencial por un monopolista;
- 2) el tribunal tuvo en cuenta las restricciones mediambientales para poder desarrollar nuevas áreas de esquí con el fin de establecer la imposibilidad de duplicar el recurso;
- 3) no hubo lugar a dudas de que se trataba de una negativa de acceso;
- 4) la viabilidad del acceso era posible y venía determinada en función de las largas relaciones comerciales anteriores de ambas empresas.

Ahora bien, la evolución en la DRE/EFD que supone *Aspen* es, sobre todo, en relación con el cuarto requisito de la '*viabilidad para proporcionar acceso al recurso*', que ve

ampliado su alcance con la ‘ausencia de una justificación comercial válida’ para negar el acceso⁷³⁸.

También es notorio el presente asunto porque procura poner en orden los criterios de aplicación de la doctrina por parte de la Jurisprudencia en relación a los casos anteriores. En efecto, en primer lugar, el Tribunal de Apelación (Décimo Circuito) distinguió dos tipos de casos que imponen un deber de relaciones comerciales o contratación a un determinado monopolista:

- en cuanto al primer tipo de casos, citando a *RailRoad Association* y a *MCI*, entre otros, identifica los requisitos para la aplicación de la EFD/DRE, que acabamos de ver, los que sienta el asunto *MCI v. AT&T*.
- en cuanto al segundo tipo de casos, como el que nos ocupa, hace referencia al ‘*intent test*’: el test de la intención de excluir a los competidores del mercado; es decir, considera que una empresa es libre de tener relaciones comerciales o contratar con quien le plazca, siempre que no lo haga con el propósito de crear o mantener un monopolio. Estos casos se basan en el test de intención y el efecto anticompetitivo que produce la negativa de acceso o de trato, y no se centran tanto en si el recurso es esencial o no (de acuerdo con los requisitos de la aplicación de la DRE/EFD del primer tipo de casos). Al respecto, en este asunto, el Tribunal continuó diciendo que se negaba a adoptar una regla tan limitada que inmunizara a un monopolista no integrado de su responsabilidad por negar el acceso a un recurso esencial⁷³⁹. “*La integración vertical no es requisito para que se*

⁷³⁸ Acercándose, por tanto, al requisito de la falta de justificación objetiva para denegar el acceso, que es uno de los requisitos en la EFD/DRE aplicada en Europa.

⁷³⁹ Del mismo modo, respecto a la aplicación de la EFD/DRE también a casos de separación vertical de la empresa monopolista, vease BLUMENTHAL, W. en *Compulsory access under the antitrust laws*, King & Spalding, Washington, D.C., pag. 17, “Vertical integration is not essential to finding a violation of the antitrust laws for refusal to deal...”, lo que viene a traducirse como: “La integración vertical no es esencial para la consideración de una infracción de las leyes antitrust respecto a la negativa de trato/acceso...” Asimismo, el asunto *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, No. CV-97-N-3023-NE, 1998 WL 180606, at *18-*19 (N.D. Ala. April 10, 1998), the court granted a preliminary injunction forcing Intel (a monopolist computer chip maker) to supply its chips and essential technical information to Intergraph (a computer maker who purchased chips from Intel). In extending the availability of the essential facilities doctrine from competitors to consumers the court noted that “[c]ourts have held that the antitrust laws protect customers and purchasers in cases when a monopolist refuses to deal in order to control a downstream market or frustrate litigation.” *Id.* at *18 (citing *Image Technical Serv. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1211 (9th Cir. 1997), and *Bergen Drug Co. v. Parke, Davis & Co.*, 307 F.2d 725, 726 (3d Cir. 1962)). “The antitrust laws impose on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on non-discriminatory terms.”, que traducimos del siguiente modo: “en *Intergraph*, el tribunal concedió una medida preliminar imponiendo a Intel (un fabricante monopolista de chips de ordenadores) suministrar sus chips e información técnica esencial a *Intergraph* (un fabricante de ordenadores que compraba chips a Intel). Extendiendo la aplicabilidad de la doctrina de los recursos esenciales del ámbito de los competidores al ámbito de los consumidores, el tribunal

de una violación de las leyes antitrust de la negativa de trato bajo el test de intención. Queda patente que no se puede trazar una línea clara entre los casos de bottleneck (refiriéndose a la EFD) y los casos de intención”⁷⁴⁰.

Sin embargo, el TS (-al contrario que el Tribunal de Apelación-) sólo aceptó el test de intención, encontrando innecesario considerar la relevancia de la DRE/EFD, o dejando sin resolver, de alguna manera, la hipotética cuestión de si la conducta no excluyente (-o sea, no anticompetitiva, y por tanto, explotativa⁷⁴¹-) podría alguna vez constituir un abuso de poder de monopolio si estuviera motivada por un propósito anticompetitivo. El TS continuó explicando que, en cualquier caso, en la valoración de si el monopolista tiene un propósito de crear o mantener un monopolio, se observa que, aunque la conducta suponga un importante cambio en el carácter del mercado, no es necesariamente anticompetitiva; la cuestión de si la conducta puede ser correctamente categorizada como anticompetitiva no puede contestarse simplemente considerando su efecto en el competidor particular⁷⁴², además, es necesario considerar su impacto en los consumidores y si ha afectado a la competencia en general de un modo innecesariamente restrictivo. Por ello, el TS en *Aspen* estableció una obligación de trato comercial solo

resalto que “los tribunales han mantenido que las leyes antitrust protegen a clientes y distribuidores en los casos en los que un monopolista se niega a tratar/dar acceso con el fin de controlar un mercado derivado o de frustrar el litigio.” Id. “las leyes antitrust imponen en las empresas que controlan un recurso esencial la obligación de hacer disponible el recurso en terminos no-discriminatorios”.

⁷⁴⁰ Por tanto, el Tribunal de Apelación parece clasificar la negativa de trato/acceso en dos tipos: los casos de integración vertical del monopolista, a los que se aplicaría la DRE/EFD para determinar y probar el abuso; y, los casos de separación vertical del monopolista, a los que se aplicaría el test de intención. Es interesante porque en el ámbito europeo la construcción de la EFD/DRE está basada en su aplicación a los casos de integración vertical, especialmente la normativa regulatoria en el sector ferroviario ha sido elaborada basándose en este axioma porque solo se produce un conflicto de intereses en las relaciones verticales integradas de un monopolista con su competidor. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, el art. 102 TFUE se deja fuera los casos de intento de monopolización para cuya prueba se recurre al test de la intención y que pueden darse en casos de separación vertical. En otras palabras, la legislación comunitaria no se ocupa en su regulación de los casos de separación vertical, lo que si hace la legislación antitrust norteamericana.

⁷⁴¹ El paréntesis es nuestro. Parece indicar que cuando se da una separación vertical el abuso es explotativo, es decir, cuando se perjudica a un competidor en particular, pero no a la estructura competitiva de un mercado en general. Recordemos que “los abusos excluyentes son prácticas dirigidas al cierre del mercado a los competidores o a marginarlos del mercado, con el efecto ultimo del daño a los consumidores. Los abusos explotativos se refieren a una empresa dominante que explota las oportunidades que le facilita su poder significativo de mercado para perjudicar a los consumidores directamente, por ej. imponiendo precios excesivos”; vease en este sentido, KOKKORIS, I. “A gap in the enforcement of article 82”, *British Institute of International and Comparative Law*, 2009, pag. 21.

⁷⁴² Baste decir ahora que el que no sea suficiente considerar su efecto en el competidor particular recuerda al test objetivo en el Asunto Bronner, que veremos más adelante en el epigrafe III- 2.2.4. Una vez más demuestra la influencia del Derecho antitrust americano en el europeo.

cuando una relación rentable se rompe unilateral y voluntariamente bajo circunstancias que indican el sacrificio de beneficios a corto plazo para lograr un fin anticompetitivo que es prueba de la intención excluyente. Sin embargo, como estima Blumenthal, los elementos que utilizó el TS para determinar el abuso de la conducta fueron más bien los cuatro requisitos para la aplicación de la EFD en MCI⁷⁴³.

7) El asunto *Verizon v. Trinko* de 2004 pone de manifiesto la necesidad de límites más claros entre la aplicación de normas regulatorias sectoriales y del Derecho antitrust *ex post*

Desde los asuntos *MCI* y *Aspen*, se ha producido una reducción gradual del uso de la DRE/EFD. Ahora bien, los Tribunales inferiores vuelven a ella con frecuencia porque representa una base fundamental para entender la naturaleza del abuso del poder de monopolio⁷⁴⁴. Sin embargo, aun en su más reciente Jurisprudencia el Tribunal Supremo ha arrojado dudas sobre la existencia autónoma de la DRE/EFD. En el asunto *Verizon v. Trinko*⁷⁴⁵ el tema debatido fue el alcance la obligación por la cual el monopolista del mercado de las telecomunicaciones en New York, la empresa Verizon, debía dar acceso a las nuevas redes locales competidoras. El Tribunal Supremo examinando otros casos anteriores de DRE/EFD, indicó que en el asunto *Aspen* se dio un cese de participación en una empresa conjunta, y por tanto, una negativa de continuar proveyendo un producto (el ticket multipase) a su competidor que la misma empresa monopolista vendía en el mercado final. Indicó también que en *Otter Tail Power* la empresa dominante se había negado a suministrar el mismo servicio de distribución de energía a través de sus redes que ya ofrecía a otros clientes. En el caso presente, sin embargo, los servicios denegados no se ofrecían a nadie en ese momento, es decir, la obligación que imponía el Competition Act 1996 era totalmente nueva: apertura del ‘*wholesale market for leasing network elements*’. Por tanto, debían diseñarse e implementarse nuevos sistemas simplemente para hacer el acceso posible. Concluyó que la alegación de la ayuda

⁷⁴³ Véase BLUMENTHAL, William – “Compulsory access under the antitrust laws”. King & Spalding, Washington DC, pág. 18.

⁷⁴⁴ Opinión de FRISCHMANN, B. & WALLER, S.: “Essential Facilities, Infrastructure, and Open Access”, *Loyola University Chicago*, 2006, pág. 9. Estos autores son grandes defensores de la DRE/EFD, y también exponen la relación entre EFD, -como Derecho antitrust-, y regulación.

⁷⁴⁵ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004). Ha de tenerse en cuenta, como dice MARCOS, F.: “Recension – How the Chicago School overshot the mark. The effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 4, 2009, pág. 545, que con carácter general, cabe afirmar que los últimos pronunciamientos del TS USA en aplicación de la prohibición de abuso de posición dominante (y, señaladamente *Trinko* como el exponente más claro) son excesivamente cautos y permisivos, pudiendo conducir a la tolerancia de conductas potencialmente anticompetitivas y perjudiciales para la dinámica del mercado.

insuficiente prestada por parte de Verizon en la provisión del servicio a sus rivales no constituía una infracción del Derecho antitrust reconocida bajo los precedentes actuales de la denegación de suministro. El Tribunal Supremo evitó adoptar cualquier postura sobre si la doctrina estaba asentada e indicó que el mismo nunca la había reconocido, y no tenía necesidad ni de reconocerla ni de repudiarla, puesto que la consideró inaplicable a los hechos del caso⁷⁴⁶, ya que el Telecommunications Act de 1996 ya establecía el acceso obligatorio a los recursos de Verizon y, por tanto, cualquier medida debía ser tomada de acuerdo con las disposiciones regulatorias estatales y federales⁷⁴⁷ al respecto. De este modo, las demandas basadas en la DRE/EFD debían ser rechazadas cuando una Agencia estatal o federal tiene competencia efectiva para imponer el acceso y regular su alcance y términos⁷⁴⁸.

No obstante, lo que es destacable es que el TS puso de manifiesto que, a) la doctrina solamente había sido utilizada por los tribunales inferiores, b) que la imposición del acceso obligatorio podía reducir los incentivos a la inversión, y que c) al tratar de establecer el precio apropiado de acceso, los tribunales antitrust actuarían como reguladores, una función para la que no estaban preparados⁷⁴⁹. En cualquier caso, el presente asunto puso de manifiesto la necesidad de aclarar los límites para la aplicación de normativa regulatoria sectorial en contraste con la aplicación de la legislación

⁷⁴⁶ Lo que ha decepcionado a mucha parte de la doctrina que esperaba un pronunciamiento del TS sobre la DRE/EFD.

⁷⁴⁷ Véase cap. II de este trabajo respecto a las diferencias entre regulación y Derecho antitrust, especialmente epígrafe III.

⁷⁴⁸ Ahora bien, Verizon ya soportaba multas por valor de 13 millones de dólares y obligaciones de proporcionar informes de su actuación a las Agencias Reguladoras, pero no parecían ser medidas muy efectivas por lo visto, mientras que bajo el Derecho de la Competencia las multas habrían sido mucho más altas, véase al respecto FRISCHMANN, B. & WALLER, S.: “Essential Facilities, Infrastructure, and Open Access”, *Loyola University Chicago*, 2006, pag. 31. Por su parte, FOX, E.M. en “The Market Power Element of Abuse of Dominance –Parallels and Differences in Attitudes – US and EU”, dice que el Derecho antitrust en US fue una respuesta a la concentración del poder económico como amenaza a la libertad comercial y la democracia. Ahora bien, en los 80, la Jurisprudencia empezó a dismantelar las decisiones anti-poder de tiempos pasados, y en los últimos tiempos, el TS introduce la noción de que la intervención del Derecho antitrust contra conductas que no sean únicamente carteles debe ser evitada, citando al caso *Trinko*. La tendencia actual es ayudar a que las empresas americanas se hagan fuertes y competitivas en la nueva economía mundial. Efectivamente, *Trinko* confirmó la *doctrina Colgate* de la libertad de la empresa de comerciar a su discreción, y más aun dijo, que compeler a la negociación entre competidores cuando se les impone un deber de trato/acceso puede facilitar lo peor del Derecho antitrust, que se de lugar a la colisión entre empresas (párr. 407-408).

⁷⁴⁹ Para FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S. en *Essential Facilities, Infrastructure, and Open Access*, ed. Loyola University, Chicago, 2006, pág. 52, el que el tribunal hubiera tenido que controlar que Verizon garantizara el acceso al mercado en términos no discriminatorios, no representa nada extraordinario dentro de las competencias de un diligente tribunal federal ni tampoco significa que el mismo tribunal hubiera tenido que actuar cumpliendo funciones propias de un regulador.

antitrust *ex post*⁷⁵⁰.

De todos modos, el asunto *Trinko* dejó abierta la cuestión de si la Sección 2 del Sherman Act se aplicaría en casos donde no existían relaciones comerciales anteriores. Tal posibilidad es, sin embargo, bien aceptada en la Jurisprudencia europea en relación con el art. 102 TFUE⁷⁵¹. De hecho, como veremos, la DRE/EFD ha jugado un papel formidable en la liberalización de monopolios estatales europeos.

1.2. Síntesis de la evolución de la Jurisprudencia USA

Como hemos visto, en USA la doctrina fue aplicada implícitamente por primera vez en 1912 en el asunto *Terminal Railroad Association*. A partir de entonces, ampliándose paulatinamente su aplicación por los tribunales, llega a ser otra vez objeto de discusión ante el TS en el asunto *Associated Press* de 1945. Ambos asuntos fueron debatidos en virtud de la Sección 1 del Sherman Act, pues en ambos se trataba de una asociación, que adoptando una postura conjunta, excluían a los competidores existentes y potenciales de un mercado dominado por la asociación; se trataba además de sectores desregulados. *Otter Tail Power* fue el primer caso en que se castiga la conducta individual de una empresa en el marco de la DRE/EFD a pesar de ser un sector regulado. En el asunto *Hetch v. Profootball*, en un sector desregulado, se sigue aplicando la EFD/DRE, aunque esta vez como una regla *per se*, en el marco de la Sección 2 del Sherman Act. Los requisitos de aplicación de la doctrina son enunciados con motivo del asunto *MCI v AT&T*, en el sector regulado de las comunicaciones.

En el asunto *Aspen*, el TS se acogió en el marco de la Sección 2 a la teoría de la monopolización, aunque no pudo desprenderse del todo de una cierta aplicación implícita de la EFD/DRE pues venía determinada por su aplicación directa por parte del Tribunal de Apelación del que traía causa. En un sector desregulado, fue clave la introducción del elemento de la intención de la conducta para el pronunciamiento de que

⁷⁵⁰ Véase en este sentido RENDA, A.: “Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine”, *Telecommunications Policy*, 2010, vol. 34, nº 1-2, pág. 2, que dice que la EFD inspiró el régimen regulatorio del sector de las telecomunicaciones en USA. Asimismo, véase el cap. II de este trabajo.

⁷⁵¹ JONES A. y SUFRIN B.: *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, OUP, 3ª Edición, Oxford, 2008, (pag. 578) dicen que “incluso teniendo en cuenta el enfoque conservador del TJCE en *Bronner*, parece que la denegación de suministro y la EFD/DRE es un área de divergencia entre la legislación USA y la de la UE. Algunos autores son de la opinión que la UE debería seguir la misma postura negativa/cerrada a admitir la doctrina.”

la integración vertical no es requisito para que se de una violación de las leyes antitrust de la negativa de acceso/trato.

El último de los casos analizados, *Verizon v. Trinko*, se da en el marco de un sector tradicionalmente regulado, el de las telecomunicaciones, y que fue la justificación de la decisión del TS: existiendo una normativa regulatoria que ya imponía el acceso obligatorio, el *Telecommunications Act* de 1996, la EFD/DRE devenía inaplicable al caso. Sin embargo, tampoco dejó resuelta la cuestión de si la Sección 2 del Sherman Act se aplicaría en casos donde no se daban relaciones comerciales anteriores. En el siguiente cuadro se resumen los asuntos analizados y sus factores más significativos:

| <i>Asunto</i> | <i>Imposición de acceso por el TS</i> | <i>Sector</i> | <i>Sherman Act</i> |
|-----------------------------|---------------------------------------|---------------|--------------------|
| <i>Terminal Railroad</i> | Sí | Desregulado | Sección 1 |
| <i>Associated Press</i> | Sí | Desregulado | Sección 1 |
| <i>Otter Tail Power</i> | Sí | Regulado | Sección 2 |
| <i>Hetch v. Profootball</i> | Sí | Desregulado | Sección 2 |
| <i>MCI v AT&T</i> | Sí | Regulado | Sección 2 |
| <i>Aspen</i> | Sí | Desregulado | Sección 2 |
| <i>Verizon v. Trinko</i> | No | Regulado | Sección 2 |

Por tanto de los casos analizados, así como exponen FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S.⁷⁵², consideramos dos enfoques en la jurisprudencia norteamericana: uno por el que los tribunales han rechazado asuntos en los que se trataba de recursos privados sin ningún tipo de subvención en mercados desregulados porque el competidor puede crear su propia infraestructura alternativa en contraste con los casos de infraestructuras necesitadas de subvenciones públicas importantes, como en la construcción de los estadios de deportes, que hacen imposible su reproducción exclusivamente con fondos privados; y el otro enfoque es el que adopta el TS en *Verizon v. Trinko*, que rechaza la aplicación de la DRE/EFD cuando el acceso es regulado, pero permite su aplicación cuando la regulación está ausente⁷⁵³.

⁷⁵² En “Revitalizing essential facilities”, *Antitrust Law Journal*, 2008, vol. 75, pp. 24 y ss.

⁷⁵³ Ibid nota al pie anterior, indican FRISCHMANN, B. y WEBER que en el asunto *Verizon v. Trinko* el TS parece rechazar la DRE/EFD donde más se necesita. Continúan los autores diciendo que hay algunos autores como Hylton (su nota al pie 21) que indican que no es deseable un enfoque en contra de la aplicación de la DRE/EFD en mercados regulados porque se puede desincentivar la transferencia de propiedad pública a manos privadas.

2. LA EFD/DRE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA UE

El desarrollo temprano de la EFD/DRE en USA influenció significativamente las políticas sectoriales europeas; el TJCE aplicó esta doctrina inicialmente en una serie de casos relacionados con la infraestructura portuaria y después extendiéndose a otras industrias de red⁷⁵⁴. En general, en el ámbito de la UE la EFD/DRE se integró en la categoría de la negativa de suministro o acceso por empresas dominantes.

Conforme al epígrafe anterior, aunque podría parecer que cabe una mayor aplicación de la EFD/DRE en USA que en Europa, esto no es así, sino todo lo contrario, sobre todo en un principio⁷⁵⁵ antes del asunto *Bronner*, (a partir del cual se hizo mucho más restrictiva su aplicación en la práctica comunitaria). La razón se encuentra en que, en los Estados Unidos, la EFD/DRE es considerada como una excepción a una amplia regla general por la que las empresas tienen la libertad de entablar relaciones comerciales con quien elijan, incluso si tal elección restringe la competencia⁷⁵⁶, -y siempre que tal elección sea por razones comerciales-. El art. 102 TFUE, en cambio, parte desde una perspectiva de imposición a las empresas que son dominantes de deberes (extensos) para garantizar el acceso/suministro en el mercado⁷⁵⁷. Existen, por tanto, ciertas razones doctrinales

⁷⁵⁴ Véase RENDA, A.: "Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine", *Telecommunications Policy*, 2010, vol. 34, n° 1-2, pag. 5.

⁷⁵⁵ Las sentencias del TJCE (antes de *Bronner*) *Commercial Solvents* y *United Brands*, que seguidamente veremos, establecen un amplio deber de suministro por parte de las empresas que ostenten una posición dominante. También ver PADILLA, J.& AHLBORN, C.: "From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law", que dicen que "Sin embargo, la Comisión y los Tribunales de la Comunidad creen firmemente que no hay efectiva competencia donde no hay competidores ... La política de competencia de intervención y especialmente intervención bajo el art.82 TCE en los últimos años se ha concentrado en sectores recientemente liberalizados (especialmente las telecomunicaciones) así como otros sectores caracterizados por los efectos de red (e.j., donde el riesgo de la perpetuación del monopolio propio es alta). La protección de la rivalidad y del proceso competitivo también explican la posición de la Comisión y los Tribunales de la Comunidad en conexión con las 'negativas de trato/acceso'. La Jurisprudencia UE ha estado y todavía está más inclinada a compeler al acceso que su homónima en US. Por ejemplo, la terminación de una relación comercial existente sin justificación objetiva constituye un abuso de posición dominante, incluso cuando el producto al cual el acceso está garantizado no es indispensable para competir."

⁷⁵⁶ Como expresó el mismo Tribunal Supremo de USA en el asunto *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919), ya citado.

⁷⁵⁷ La Comisión atribuye comparativamente menor peso a la libertad comercial de la empresa dominante de contratar con quien le plazca, y comparativamente más peso a la protección de los competidores que los tribunales en U.S.A. E incluso, la Comisión ha promovido, en relación al acceso a mercados, políticas de libertad de acceso. El *Discussion Paper respecto a la aplicación del art. 82 a los abusos excluyentes* (el cual se puede consultar en http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html) propone un enfoque equilibrado en relación a los casos de negativa de acceso, que ciertamente daría a la Comisión una discreción significativa para implementar políticas de libertad de acceso en industrias innovadoras. Por el contrario, a partir de *Bronner* la Jurisprudencia del TJCE no confirma este ultimo enfoque, como

únicas en el marco del Derecho de la Competencia de la UE⁷⁵⁸ que explican que la EFD/DRE sea más expansiva en la UE que en los Estados Unidos⁷⁵⁹.

Desde principios de los años 1990 la Comisión Europea, bajo el Derecho de la competencia de la UE, ha tratado de resolver ciertas reclamaciones por parte de compañías que buscaban acceso a determinada propiedad física o intelectual ajena, alegando que tal propiedad constituía un recurso esencial.

Hay que partir de la premisa de que los Tribunales de la Unión Europea nunca han reconocido terminológicamente la “Doctrina de los Recursos Esenciales”. Sin embargo, han evaluado en numerosos asuntos si la negativa de contratar o suministrar bienes o servicios o la negativa de acceso a un determinado *input* o insumo podía constituir un abuso de posición de dominio bajo el art. 102 TFUE⁷⁶⁰. En otras palabras, la cuestión de si se debe garantizar el acceso a cierta infraestructura o insumo concierne a la aplicación del art. 102 TFUE, y por ello, sólo se puede imponer la obligación de garantizar el acceso si la negativa por parte de la empresa dominante cumple todos los requisitos de esta disposición⁷⁶¹.

pone de manifiesto SCHWEITZER, H.: “The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC” *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007.

⁷⁵⁸ RENDA, A.: “Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine”, *Telecommunications Policy*, 2010, vol. 34, n° 1-2, pág. 5, dice que el éxito de la EFD/DRE en Europa puede atribuirse también al diferente enfoque adoptado por las instituciones de la UE en la aplicación del Derecho de la Competencia, y en particular, a las muy citadas raíces ordoliberales del art. 82 TCE, que llevo a los europeístas a perseguir la apertura de los mercados al mayor número posible de competidores. La confianza en un enfoque estructuralista en la política antitrust condujo a las autoridades de competencia a ir más allá del concepto de recursos esenciales, rayando en lo que se ha llamado la doctrina del recurso conveniente, especialmente en Microsoft.

⁷⁵⁹ Para más información sobre el marco de Derecho de la competencia UE en este area y las diferencias doctrinales con el Derecho antitrust USA, véase RITTER, L. & BRAUN, W.D., *European Competition Law: a practitioner's guide* 477-81 (3 ed. 2004); WHISH, R., *Competition Law* 653-732 (5 ed. 2003); ATWOOD, J.R. y otros, *Antitrust and American business abroad* 16 (3ª ed. 1997); Gitter, D.M. *The Conflict in the European Community Between Competition Law and Intellectual Property Rights: A Call for Legislative Clarification of the Essential Facilities Doctrine*, 40 AM. Bus. L.J. 217 (2003), párr. 227-40; Harz, M.H. “Dominance and Duty in the European Union: A Look Through Microsoft Windows at the Essential Facilities Doctrine”, 11 *Emory int'l l. rev.* 189 (1997), párr. 225-26; TEMPLE LANG, J. “Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”, 18 *Fordham Int'l L.J.* 437, 475-83 (1994).

⁷⁶⁰ Véase OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, (Competition Committee) - “Access to key Transport Facilities”, DAF/COMP (2006)29, 09-Nov-2006, pag. 233.

⁷⁶¹ En opinión de FURSE, M. en “The essential facilities doctrine in Community Law”, *ECLR*, vol. 16, n° 8, nov.-dic. 1995, pp. 469: “Este enfoque que se centra en la negativa de suministro/acceso implica considerar a esta Doctrina como una figura específica de una categoría más amplia de casos referidos a una negativa unilateral de suministro o acceso. Si esto es así, puede darse la situación de que la EFD no necesitaría ser introducida en el Derecho de la UE ya que existen principios legales ya establecidos más adecuados para tratar con este tipo de asuntos”. Sin

La finalidad principal de la imposición a determinadas compañías de suministrar o contratar o de garantizar el acceso a un recurso es la de mejorar la situación competitiva en el mercado secundario. De acuerdo con el enfoque propuesto por la Comisión en su Comunicación *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*⁷⁶², una denegación de suministro o de acceso que consiste en la terminación de una relación comercial anterior, es probable que tenga un efecto anticompetitivo en el mercado secundario, que es perjudicial para el consumidor en general. Para las negativas de suministro *de novo*, el perjuicio se produce por el efecto de bloqueo o cierre a que entre o se promueva cualquier competencia en ese determinado mercado⁷⁶³.

La EFD/DRE está principalmente forjada centrándose en el comportamiento de la empresa que controla el recurso, la cual está deliberadamente haciendo difícil o imposible el acceso al mercado a sus competidores. Ahora bien, la valoración de estos comportamientos y la demostración del perjuicio que provocan es una tarea difícil, por la razón de que estamos en presencia de conductas, -más que ante meros hechos-, cuya evaluación e interpretación debe centrarse obviamente en rasgos subjetivos⁷⁶⁴. Por lo tanto, es necesario encontrar ciertas características objetivas sobre las que construir la doctrina que nos permitan comparar los comportamientos en cuestión y consecuentemente alcanzar conclusiones⁷⁶⁵. En definitiva, un método de análisis que nos permita concluir cuando estamos ante un abuso de este tipo.

Si la compañía dominante integrada que provee el recurso esencial a sus competidores se niega al acceso *sin una justificación objetiva* o, permite el acceso pero *únicamente bajo condiciones menos favorables o discriminatorias* en relación a las condiciones ventajosas en las que se proporciona a si misma sus propios servicios como empresa integrada, se

embargo, dice EVRARD, S.J.: “Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond”. *Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2004, pág. 492, que la EFD es una variación del principio que sienta la figura de la negativa de suministro.

⁷⁶² Publicado en el DO n C 45 de 24 de febrero de 2009, pp. 7-20, que fue el texto adoptado tras el DG Competition *discussion paper para la aplicación del art. 82 del Tratado a los abusos excluyentes*, ya citado, lo que puede verse en sus párrafos 207-210.

⁷⁶³ Como se refleja en el párrafo 87 y también en el 84 de la citada Comunicación *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* de 2009.

⁷⁶⁴ Véase GOYDER, D.G., *EC Competition Law*, Oxford EC Law Library, Oxford University Press, 3ª Edición 1998, pp. 346-350.

⁷⁶⁵ Sin olvidar que el TJCE se refirió al concepto de abuso también como “*un concepto objetivo relativo al comportamiento de una empresa*”, véase el asunto 85/76 *Hoffmann La Roche & Co AG c/ Comisión*, Rec. 1979 pp. 461 y ss.

produce una infracción del art. 102 TFUE. De este modo, partimos ya de dos factores objetivos respecto a los cuales realizar un análisis comparativo: en la negativa de suministro o acceso, la justificación objetiva conlleva dar *una razón de hecho para la negativa*; y, en el acceso bajo condiciones discriminatorias, *términos menos ventajosos que los que regularmente la empresa dominante garantiza*. Volveremos sobre los requisitos necesarios para determinar la existencia de un abuso más adelante.

2.1. Los antecedentes del asunto *Bronner* en la Jurisprudencia comunitaria

1) *Commercial Solvents*: primer caso de “negativa de suministro” en 1974

*Commercial Solvents*⁷⁶⁶ es el primer caso en el que una negativa de suministro resulta en una infracción del ahora art. 102 TFUE. El abuso de posición dominante comprendió la negativa de la empresa *Commercial Solvents* de seguir suministrando a su competidor *Zoja* la materia prima (aminobutanol) que necesitaba para fabricar productos derivados farmacéuticos en el mercado secundario. *Zoja* había dejado de comprarle este producto porque otros distribuidores lo vendían más barato, pero dicho producto resultó ser inapropiado y *Zoja* intentó volver a comprar a *Commercial Solvents*. El Tribunal de Justicia falló en este asunto en el sentido de que los planes de la compañía dominante de comenzar ella misma a fabricar el producto para venderlo en el mercado relacionado no justificaba su negativa a suministrar la materia prima a *Zoja*, cuando tal negativa eliminaba al competidor del mercado y, por tanto, le requirió para que volviese a suministrarle el producto. *Zoja*, además de ser un cliente⁷⁶⁷, era el único competidor de *Commercial Solvents* para la producción en el mercado secundario en la Comunidad Europea, por lo que la negativa de suministro suponía importantes efectos en la competencia. Asimismo, *Commercial Solvents* no podía alegar dificultades de suministro a *Zoja*, ya que tenía capacidad de sobra y no necesitaba toda la producción para su propio uso.

Es significativo señalar que cuando por primera vez la Comisión hace la declaración de un principio general usando el concepto de «essential facility» en el asunto *B&I Line plc*

⁷⁶⁶ Sentencia del TJCE de fecha de 6 de marzo de 1974, Asuntos 6 y 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano SpA y Commercial Solvents Corp c/ Comisión*, Rec. 1974, pág. 223 y ss.

⁷⁶⁷ Con lo que desde nuestro punto de vista también existe un abuso de posición de dominio relativa frente a su único cliente. Véase al respecto en el capítulo III, epígrafe IV - 4: *Dependencia económica o Posición de Dominio Relativa*.

c/ *Sealink Harbours Ltd. y Sealink Stena Ltd.*⁷⁶⁸, (que veremos más adelante) se apoya expresamente en la Jurisprudencia del TJCE y, respecto a la misma, empieza por citar el asunto *Commercial Solvents*⁷⁶⁹.

Por otra parte, tenemos que recordar que el art. 3 del Reglamento 17 de 1962 *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE* (ahora 101 y 102 TFUE) establecía que “cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 del Tratado, podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada.” Al respecto, en el asunto *Commercial Solvents* el TJCE indicó que esta disposición no limitaba a la Comisión su capacidad de prohibir acciones o prácticas contrarias al TCE, y que cabía ordenar a una empresa positivamente a realizar ciertas acciones o proveer ciertas ventajas que habían sido incorrectamente retenidas, incluyendo órdenes específicas respecto a lo que la empresa dominante debería suministrar y a quién⁷⁷⁰. El Reglamento 1/2003 continúa con esta línea recogiendo este mismo enfoque en su art. 7⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ Decisión de la Comisión de 11 Junio de 1992 *B&I Line plc c/ Sealink Harbours Ltd. y Sealink Stena Ltd.*, véase en (1992) 5 C.M.L.R 255.

⁷⁶⁹ La Decisión relaciona los asuntos siguientes en su párrafo 41: “Véanse, entre otros: asuntos 6 y 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano Spa y Commercial Solvents Corp contra EC Comisión*, RTJ 1974, p. 223, (1974) 1 CMLR 309; asunto 311/84, *Centre Belge d’Etudes du Marché-Télémarketing contra Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion SA and Information Publicite Benelux SA*, RTJ 1985, p. 3261, (1986) 2 CMLR 558; asunto 53/87 *CICCRA contra Renault* RTJ 1988, p. 6039, (1990) 4 CMLR 265; asunto 238/87 *AB Volvo contra Erik Veng* RTJ 1988, p. 6211, (1989) 4 CMLR 122; asunto C-18/88 *LRTT contra GB-Inno*, RTJ 1991, p. I-5941; asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Teleorassi*, RTJ 1991, p. I-2925; asuntos T-69, T-70 y T-76/89, *RTE, BBC e ITP contra Comisión (Magill)*, RTJ 1991, p. II-485, II-535, II-575, (1991) 4 CMLR 586; y, las Decisiones de la Comisión: 76/185/CEE, *National Carbonizing*, DO no L 35 de 10. 2. 1976, p. 6; 88/589/CEE, *London European - SABENA*, DO no L 317 de 24. 11. 1988, p. 47; 92/213/CEE, *British Midland contra Aer Lingus*, DO no L 96 de 10. 4. 1992, p. 34.” Además ha de tenerse en cuenta que usa la numeración antigua del TCE, así que cuando nombra el art. 86, se está refiriendo al actual art. 102 TFUE. Recordemos que el Tratado CE se firmó en Febrero de 1992 y entro en vigor el 1 Noviembre de 1993. El art. 12 del Tratado de Amsterdam, que entro en vigor el 1 de mayo de 1999, reenumeró el articulado y los arts. 85 y 86 pasaron a ser los arts. 81 y 82 TCE.

⁷⁷⁰ Por tanto, he aquí el origen del deber de suministro/acceso que se impone a la empresa dominante.

⁷⁷¹ Dice este artículo 7: *Constatación y cese de la infracción*. 1. Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 del Tratado, podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural. Cuando la Comisión tenga un interés legítimo para hacerlo, podrá igualmente constatar la pasada comisión de una infracción.

Este caso ha sido criticado por una parte de la doctrina, por ejemplo por Evrard⁷⁷², en el sentido de que el hecho que Commercial Solvents ostentara un monopolio en el mercado primario tuvo mucha influencia en la declaración por parte del TJCE de la existencia de un abuso. Así, el TJCE no tuvo en cuenta su cuota de mercado en el mercado secundario que es donde se produjo realmente el abuso. Tampoco había nada que indicase que la negativa de suministro a su competidor, condujera o pudiera haber conducido al aumento de los precios en el mercado secundario en perjuicio del consumidor.

Respecto a la justificación de Commercial Solvents de sus planes de entrada en el mercado relacionado para la fabricación del producto derivado, la visión restrictiva del TJCE al no admitir este argumento como justificación también ha sido criticada porque hace peligrar prácticas comerciales normales y porque restringe la integración vertical de las compañías dominantes en el mercado común⁷⁷³.

2) El asunto *United Brands* de 1978: la importancia de la definición del mercado relevante

La importancia del asunto *United Brands*⁷⁷⁴ destaca especialmente en relación con la definición del mercado relevante, en el que United Brands ostentaba una posición de dominio con un porcentaje del mercado de bananas del 45%. Asimismo era una empresa integrada verticalmente que poseía plantaciones, transportaba, almacenaba y distribuía el producto, e incluso anunciaba y promocionaba su propia marca “Chiquita”.

El TJCE analizó el mercado con el fin de discernir si las bananas constituían un mercado diferenciado del de la fruta en general, con el fin de determinar la posición dominante de United Brands y si había abusado de dicha posición con una estrategia de precios discriminatoria, y también, por dejar de suministrar a un cliente-distribuidor con el que había mantenido relaciones comerciales duraderas, el cual distribuía el producto en otro mercado geográfico. Siguiendo el fallo del TJCE, las características únicas del producto situaban a las bananas en un mercado diferente al resto de la fruta. Sin embargo, la definición dada del mercado de bananas era muy limitada y no se consideraron otros productos sustitutivos que habrían ampliado la definición del mercado, ni tampoco se

⁷⁷² EVRARD, S.J.: “Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2004, pág. 492.

⁷⁷³ JONES, A. y SUFRIN, B.: *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 2ª edición, Oxford University Press, New York, 2004, en párrafos 510-511.

⁷⁷⁴ Sentencia del TJCE de fecha de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76 *United Brands Company y United Brands Continental BV c/ Comision, Rec. 1978*, pág. 207.

tuvo en cuenta la existencia de una competencia potencial, circunstancias que habrían debilitado la valoración de posición como dominante de United Brands en dicho mercado.

Por tanto, había evidencia considerable de la existencia de competencia en la venta de bananas, incluso si United Brands ostentaba una cuota de mercado importante, las barreras a la entrada no eran ni mucho menos insuperables, con la consecuencia, que en aquel momento no se tuvo en cuenta, que, en principio, la producción eficiente excluye del mercado únicamente a las empresas menos eficientes. En otras palabras, a pesar del fallo del TJCE, posteriormente es considerado que el suministro de bananas por United Brands no era esencial, ya que existían otras fuentes de suministro alternativas y razonables.

Ahora bien, sin olvidar que la limitada definición del mercado relevante determinó la posición dominante, el asunto *United Brands* es significativo en la línea jurisprudencial marcada por *Commercial Solvents* de denegación de suministro a un cliente con el que se vienen manteniendo relaciones comerciales históricas, como pone de manifiesto su importante párrafo 182:

Considerando que, a la vista de estas tesis contradictorias, es preciso afirmar de entrada que una empresa que se encuentra en una posición dominante para la distribución de un producto —y que se beneficia del prestigio de una marca conocida y apreciada por los consumidores— no puede dejar de abastecer a un cliente antiguo y que respeta los usos del comercio, cuando los pedidos de dicho cliente no tienen carácter anormal;

Esta línea jurisprudencial, desarrollada, continua hasta ahora, confirmándose en la reciente sentencia de 16 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, antes Glaxowellcome AEVE*, que trataban de una cuestión prejudicial, y que nos ofrece una oportunidad única para valorar los terminos en que se consolida esta doctrina de la denegación de suministro a un antiguo cliente. Aunque en el sector farmacéutico, el planteamiento es muy similar al asunto United Brands. GSK AEVE, filial griega de GlaxoSmithKline plc. se dedica a la importación, almacenamiento y distribución de los productos farmacéuticos del grupo GSK en Grecia. GSK AEVE, al negarse a atender los pedidos de los mayoristas griegos con los que ya mantenía relaciones comerciales duraderas, trataba de limitar las exportaciones paralelas llevadas a cabo por los citados mayoristas a otros Estados miembros en los que el precio de venta de los medicamentos es más elevado. El TJCE, apoyándose en su jurisprudencia consolidada en la materia, expresamente *Commercial Solvents* y *United Brands*, concluyó

que una empresa que ocupe una posición dominante en el mercado de los medicamentos explota abusivamente esa posición cuando, para impedir las exportaciones paralelas, se niega a satisfacer los pedidos de carácter normal recibidos de sus mayoristas. Como recuerda el propio TJCE en el párrafo 27 de esta sentencia, *“las importaciones paralelas gozan de una determinada protección en Derecho comunitario en la medida en que favorecen el desarrollo de los intercambios y el refuerzo de la competencia”*.

Como en *United Brands*, la empresa dominante rompe una relación de suministro con un cliente habitual. Ahora bien, GSK AEVE tenía derecho a proteger sus intereses comerciales cuando los pedidos de medicamentos eran desmesurados poniendo el peligro el propio suministro del mercado nacional griego, ya que los mayoristas exportaban dichos medicamentos a otros países miembros donde los precios de los medicamentos eran más caros. Como es habitual en los casos de abuso de posición dominante necesitamos de criterios objetivos para poder valorar si existe un abuso; lo que resolvió el TJCE indicando que la negativa solo sería abusiva si conllevaba dejar desatendidos *pedidos normales* del cliente mayorista. Deja a los órganos jurisdiccionales nacionales la definición de “normal”, apuntando a criterios como la evolución histórica de los pedidos del mayorista o las necesidades usuales del mercado del Estado miembro en cuestión en relación con el volumen de los pedidos.

En síntesis, en este último asunto, se trataba de determinar si la denegación de suministro con intención de limitar el comercio paralelo es un abuso *per se*. Si no es así, entonces cuáles son los factores que determinan o no el abuso. Ya hemos visto que el factor que exige el TJCE para constatar el abuso es la anormalidad de los pedidos. Sin embargo, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en su Opinión, así como la Comisión, difiere de la del TJCE aplicando ampliamente, como en su jurisprudencia más temprana, los requisitos de la negativa de suministro. Es decir, vuelve a los orígenes de la línea jurisprudencial marcada por *Commercial Solvents* y *United Brands* e indica que *“una empresa dominante que suspende el suministro de sus productos, particularmente cuando no hay sustitutos a los mismos...y se reserva para sí mismo el mercado de exportación paralelo está cometiendo un abuso del art. 102 TFUE”*, (párrafo 46). El A.G. no encontró justificación de la conducta de GSK en que tuviera un deber de suministro del mercado nacional griego como para suspender los pedidos de los mayoristas.

Conforme a KINGSTON, S.⁷⁷⁵, es comúnmente aceptado desde 1978, con el asunto *United Brands*, que una empresa dominante no puede suspender el suministro de los pedidos ordinarios de un cliente habitual por la única razón de que el cliente realiza comercio paralelo; que la empresa dominante puede válidamente proteger sus intereses comerciales de “forma razonable y proporcionada” cuando un cliente busca un suministro de cantidades de producto significativas que están esencialmente destinadas al comercio paralelo de exportación; que la empresa dominante puede negarse a satisfacer aquellos pedidos que están “fuera de lo normal” en comparación con pedidos anteriores realizados por el mismo cliente, con el fin de poder satisfacer las necesidades de un mercado nacional. Ahora bien, estos términos son intrínsecamente indeterminados. Es previsible que, en el futuro, no solo la Comisión y las autoridades de competencia nacionales, sino también los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud de la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia a partir del Reglamento 1/2003, se enfrenten a la delicada tarea de determinar la normalidad de un pedido, dando lugar a diversas interpretaciones y aplicación de métodos de cálculo diferentes por parte de los tribunales de cada Estado miembro. Tal inseguridad jurídica para la evaluación de la legalidad de estas prácticas puede afectar a las empresas en la planificación de sus comportamientos comerciales e impedir que desarrollen estrategias paneuropeas.

3) El asunto *Telemarketing* de 1985 introduce el término “indispensable”

En el asunto *Telemarketing*⁷⁷⁶, en el marco de una cuestión prejudicial, una empresa de publicidad (IPB) con posición de dominio en el mercado televisivo de habla francesa del Benelux en virtud de derechos especiales en la cadena RTL, tenía un acuerdo en exclusiva con otra empresa CBEM dedicada a la televenta, por el que le prestaba espacio televisivo a CBEM para que pudiera ejercer su actividad de servicios de telemarketing a través de anuncios de televisión. A partir de determinado momento la empresa de publicidad IPB empezó a desarrollar también actividades de venta a través de la cadena televisiva RTL, extendiendo con ello su posición de dominio a este mercado de televenta. Durante un año había existido un acuerdo de exclusividad entre CBEM e IPB anunciándose en la televisión el número de teléfono de CBEM, pero IPB se negó a

⁷⁷⁵ KINGSTON, S.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, antes Glaxowellcome AEVE”, *CMLR* n° 46, 2009, pág. 698.

⁷⁷⁶ Sentencia del TJCE de fecha 3 de octubre de 1985, asunto 311/84 *Centre Belge D'études de Marché - Télémarcheting (CBEM) c/ SA Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) e Information Publicité Benelux (IPB)*, Rec. 1985 pp. 3261.

renovar el acuerdo indicando que no prestaría espacios publicitarios a ningún anunciante del mercado, a menos que el número de teléfono anunciado fuera exclusivamente el de IPB.

En este caso y haciendo referencia al asunto *Commercial Solvents*⁷⁷⁷, el Tribunal mantuvo que la negativa de una empresa que tiene una posición de dominio en un mercado dado de suministrar materia prima a un competidor en un mercado conexo, con el objeto de reservarse la materia prima para su propia producción de derivados, constituye un abuso; debe puntualizarse, primero, que el Tribunal lo reconoce así en la medida que consideraba probable que la conducta en cuestión eliminara toda la competencia por parte del competidor.

Si con *Commercial Solvents* se trataba de un producto, en el asunto *Telemarketing* se trataba de la prestación de un servicio, por lo que en el párrafo 26 de la sentencia, el TJCE prosigue diciendo que el enfoque que refleja *Commercial Solvents* se aplica a este caso de posición dominante en el mercado de un *servicio indispensable* para las actividades de otro competidor en otro mercado relacionado. De este modo, “*las actividades de telemarketing constituyen un mercado distinto del correspondiente al medio publicitario elegido, si bien estrechamente relacionado con éste, y si sus actividades consisten fundamentalmente en poner a disposición de los anunciantes las líneas de teléfono y el equipo de telefonistas de la empresa de telemarketing, la condición, para la venta de tiempos de antena, de utilizar las líneas de teléfono del agente de publicidad perteneciente al mismo grupo que la cadena de televisión, constituye de hecho una negativa a suministrar los servicios de dicha cadena a las demás empresas de telemarketing. Si, además, dicha negativa no estuviere justificada por necesidades técnicas o comerciales vinculadas a la naturaleza del medio televisivo, sino que tuviere por objeto reservar a dicho agente cualquier operación de telemarketing difundida a través de dicha cadena, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de una tercera empresa, tal comportamiento constituiría un abuso prohibido por el artículo 82 TCE, siempre y cuando se reunieran los demás requisitos para la aplicación de dicho artículo*”.

Este asunto avanza en la línea doctrinal trazada porque introdujo dos importantes términos⁷⁷⁸: el TJCE puso de manifiesto que el servicio en cuestión era *indispensable*

⁷⁷⁷ Véase el párrafo 25 del asunto *Télémarketing*. Ya hemos analizado el asunto *Commercial Solvents* en el apartado 1) de este epígrafe 2.1.

⁷⁷⁸ Otra de las cuestiones que se debaten en esta sentencia, conforme a su párrafo 17, es que aunque es verdad que no es incompatible con el art. 82 TCE el que una empresa, a la que el

para el competidor en el mercado relacionado (en el citado párrafo 26); y, también reconoció que no habría abuso si la negativa de suministro estaba justificada por *razones técnicas o comerciales*, (en el párrafo 27).

4) El asunto Volvo de 1988 introduce los derechos de propiedad intelectual⁷⁷⁹ en la negativa de suministro

En el asunto *Volvo*⁷⁸⁰, el TJCE, en una breve sentencia, reconoce la prerrogativa del titular de un derecho de la propiedad intelectual de excluir a terceros de la explotación de su diseño, ya que “constituye el contenido mismo de su derecho exclusivo”⁷⁸¹. Al tratarse de un derecho exclusivo protegido especialmente por un modelo registrado, el Tribunal exige para determinar un abuso algún “factor adicional” además de la eliminación de la competencia de los rivales respecto del producto protegido.

De este modo, el Tribunal consideró que no constituía un abuso el hecho de que un fabricante de coches retuviera los modelos registrados relativos a piezas de carrocería para no conceder una licencia a terceros que deseaban fabricar dichos repuestos para ser utilizados como piezas de recambio.

El ejercicio de un derecho de la propiedad intelectual constituye un abuso de una posición dominante, *si da lugar, por parte de una empresa que ocupe una posición dominante, a determinados comportamientos abusivos tales como*, la negativa arbitraria de suministrar repuestos originales a otras empresas independientes que ofrecen servicios

Estado ha garantizado derechos exclusivos a los que se refiere el art. 86 del Tratado, ejerza su monopolio, tampoco es menos cierto que algunas empresas queden sujetas a las reglas del Tratado sobre competencia y en particular las referidas en el art. 82. Refiriéndose al asunto *Sacchi* de 1974, el TJCE dice que si ciertos Estados miembros confían a determinadas empresas el servicio de retransmisión televisiva, incluyendo actividades comerciales, y en particular publicitarias, como empresas a las que se les confía la explotación de un servicio de interés económico general, las prohibiciones del art. 82 se aplican, respecto a su comportamiento en el mercado, por razón del art. 86 (2), tanto en cuanto no se demuestre que las antedichas prohibiciones son incompatibles con el ejercicio de su misión.

⁷⁷⁹ Sobre la relación entre derechos de la propiedad intelectual y Derecho de la Competencia, puede consultarse GITTER, D.M., “The conflict in the European Community between competition law and intellectual property rights: a call for legislative clarification of the essential facilities doctrine”, *American Business Law Journal*, vol. 40, pag. 217, 2003.

⁷⁸⁰ El asunto 238/87 *AB Volvo v Erik Beng*, Rec. 1988 pag. 6211 es uno de los dos casos similares de decisión prejudicial dictadas el mismo día por el Tribunal de Justicia el 5 de octubre de 1988; el otro es el asunto 53/87 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (CICRA) y Maxicar c/ Régie nationale des usines Renault*, Rec. 1988, pag. 6039.

⁷⁸¹ Tal y como se expresa en el párrafo 8 de este asunto.

de reparaciones⁷⁸², la fijación de precios de repuestos a niveles discriminatorios, y la discontinuación de la producción de repuestos para coches todavía en circulación” (párr. 9). La lista de posibles conductas abusivas, sin ser exhaustiva, indica que el titular de un derecho de la propiedad intelectual no tiene dominio completo sobre el ejercicio de estos derechos. Así, el art. 102 TFUE puede limitar la autonomía de la empresa dominante de usar su derecho de la propiedad intelectual para excluir competidores del mercado posterior, incluso si no es dominante en dicho mercado posterior.

5) La ayuda estatal para reservarse el mercado conexo en el asunto GB-Inno de 1991

Similar al pronunciamiento del caso *Telemarketing* y además hace expresa referencia al mismo, es el asunto *GB-Inno*⁷⁸³, en el que el Tribunal mantuvo que una empresa que ostenta un monopolio en el mercado para el establecimiento y operación de una red de telecomunicación, infringe el art. 82 TCE si se reserva, sin una necesidad objetiva, el mercado conexo pero separado para la importación, marketing, conexión, puesta en servicio y mantenimiento del equipo para la conexión a dicha red, y de este modo eliminando toda la competencia por parte de otros competidores⁷⁸⁴.

En efecto, Régie des télégraphes et téléphones (RTT), además de la explotación de la red pública en Bélgica, se dedicaba al comercio de equipos destinados a ser conectados a dicha red. Asimismo, el monopolio de RTT en el mercado primario de puesta a disposición de los usuarios de una red pública de teléfonos, constituía un servicio de interés económico general, a efectos del apartado 2 del artículo 86 TCE (párr. 16).

El TJCE indicó que el artículo 82 TCE sólo se refiere a los comportamientos contrarios a las normas sobre la competencia que hayan sido adoptados por las empresas por iniciativa propia y no a través de medidas estatales. A éstas les es aplicable el apartado 1 del artículo 86 TCE. Dicha disposición prohíbe a los Estados miembros que coloquen a las empresas públicas y a aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, mediante la adopción de medidas legales, reglamentarias o administrativas, en una situación en la que no puedan colocarse ellas mismas a través de

⁷⁸² Se planteó la misma situación en la Decisión de la Comisión *Liptons Cash Registers c/Hugin* de 1978, D.O. L22/23.

⁷⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 13 de diciembre de 1991, en el asunto C-18/88 *Régie des télégraphes et des téléphones contra GB-Inno-BM SA*, Rec. 1991 página I-05941.

⁷⁸⁴ En el párr. 19 del pronunciamiento del TJCE.

comportamientos autónomos sin infringir lo dispuesto en el artículo 82, (párr. 20).

El Tribunal concluyó que un Estado miembro no puede adjudicar a una empresa el derecho de fijar las especificaciones técnicas para equipos de teléfono o comprobar que otros cumplen esos estándares si dicha empresa compite a su vez con los otros operadores del mercado de equipamiento, ya que equivale a concederle, de este modo, una ventaja evidente sobre sus competidores⁷⁸⁵. Aunque, posteriormente se ha criticado⁷⁸⁶ que el TJCE no indicara el porcentaje de mercado que ambos competidores ostentaban en el mercado conexo.

Conforme al párr. 24, el abuso consiste en *la extensión del monopolio del establecimiento y la explotación de la red telefónica al mercado de los aparatos telefónicos, sin justificación objetiva, lo que se prohíbe en cuanto tal en el artículo 82 o en el apartado 1 del artículo 86, en relación con el artículo 82, cuando dicha extensión es obra de una medida estatal*. Por tanto, se castiga la monopolización del mercado conexo, favorecido además por la normativa estatal, lo que constituye una infracción más cercana a la Sección 2 de la normativa USA que a lo que establece el art. 102 TFUE⁷⁸⁷.

6) El asunto Magill de 1995: la adopción ‘no confesada’ por el TJCE de la EFD/DRE

En el momento de los hechos, en relación al asunto *Magill*⁷⁸⁸, no se publicaba en Irlanda ni en Irlanda del Norte ninguna guía semanal única que recogiera toda la programación de televisión de las diferentes emisoras. Cada emisora de televisión publicaba su propia

⁷⁸⁵ En el párrafo 25 de la sentencia. Y en el párr. 26 se continua diciendo que “Ante estas circunstancias, el mantenimiento de una competencia efectiva y la garantía de transparencia exigen que la formalización de las especificaciones técnicas y el control de su aplicación, así como la homologación, sean efectuadas por una entidad independiente de las empresas públicas o privadas competidoras que ofrezcan bienes y/o servicios en el sector de las telecomunicaciones”.

⁷⁸⁶ Así, EVRARD, S. J.: “Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2004, pp. 491-526.

⁷⁸⁷ De hecho en el párr. 23 se dice que “según RTT... en la resolución de remisión no se deja constancia de ningún abuso efectivo y que la mera posibilidad de una aplicación discriminatoria de dichas normas, por la designación de RTT como autoridad de homologación, cuando compite con las empresas solicitantes de la homologación, no puede constituir en sí misma un abuso a efectos del artículo 82 del Tratado CE”.

⁷⁸⁸ Asunto del TPI T-69/89 *RTE c/ Comisión*, Rec. 1991 pág. II-485; asunto del TPI T-70/89 *BBC c/ Comisión*, Rec. 1991 pág. II-535; asunto del TPI T-76/89 *ITP c/ Comisión* Rec. 1991 pág. II-575; resoluciones confirmadas en la apelación de RTE e ITP por el TJCE en los asuntos acumulados C-241/91 P y C- 242/91 P en sentencia de 6 de abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas* Rec. 1995 pág. I-743. El asunto *Magill* se refiere a cuestiones relacionadas con derechos de la propiedad intelectual y el surgimiento de un nuevo producto con una demanda específica. Otro caso dentro de esta categoría es el asunto C-418/01 *IMS Health GmbH Co. OHG c/ NDC Health GmbH Co.KG*, Rec. 2004 pág. I-5039, que veremos en el epígrafe 2.3.

guía y reivindicaba, al amparo de las legislaciones irlandesa y del Reino Unido, la protección de los derechos de autor sobre sus listas individuales de programas semanales, para impedir su reproducción por terceros. RTE publicaba ella misma su guía de televisión semanal, mientras que ITV lo hacía a través de ITP, sociedad constituida a este fin.

Magill TV Guide Ltd (en lo sucesivo, "Magill") intentó publicar una guía de avance semanal global de televisión, pero se lo impidieron las recurrentes, RTE e ITP, y la BBC, que consiguieron órdenes conminatorias, basándose en los derechos de autor, prohibiendo la publicación de la guía global única de los programas semanales. Este caso se centraba, por tanto, en si la información (protegida por derechos de autor) relativa a programas de emisiones, que constituía una materia prima indispensable para elaborar una guía de televisión semanal completa, obstaculizaba la aparición de un producto nuevo, que los organismos de radiodifusión citados no ofrecían, y para el que había una demanda potencial.

En su Decisión⁷⁸⁹ la Comisión aplicó por primera vez la EFD/DRE como tal respecto a derechos de la propiedad intelectual. Esta Decisión fue mantenida y apoyada tanto por el TPI como por el TJCE. Se considera el asunto Magill como la adopción '*no confesada*' por el TJCE de la EFD/DRE⁷⁹⁰. En este caso, sin referirse expresamente a la doctrina, el Tribunal indicó que en '*circunstancias excepcionales*'⁷⁹¹ se debe garantizar a terceros el

⁷⁸⁹ Decisión de la Comisión 89/205/CEE, de 21 de diciembre de 1988, *relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE* (IV/31.851, Magill TV Guide c/ITP, BBC y RTE; DO 1989, L 78, p. 43).

⁷⁹⁰ Véase HATZOPOULOS, V.: "The EU essential facilities doctrine", *European Legal Studies, RESEARCH PAPERS IN LAW*, College of Europe (www.coleurop.be), 6/2006.

⁷⁹¹ Como dice el párr. 50 de la sentencia, el cual se está refiriendo a la sentencia *Volvo*, puesto que en el párr. anterior, 49, indica que una negativa a conceder la licencia, aunque la haga una empresa en posición dominante, no puede constituir en sí misma un abuso de ésta, a no ser que se den circunstancias excepcionales por las que el ejercicio del derecho excluyente por el titular puede dar lugar a un comportamiento abusivo. Por otra parte, PADILLA & AHLBORN en "From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law", *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregón, junio 2007, pág. 37, proponen un test para identificar las practicas unilaterales que son anticompetitivas: *la regla de legalidad per se cualificada*, bajo la cual, se presume legal una práctica unilateral a menos que se cumplan uno o más requisitos bien definidos y empíricamente comprobables – i.e., se considera la práctica legal excepto si se dan "circunstancias excepcionales". A mi entender este es el test que utiliza el TJCE en *Magill*, a pesar de que estos autores critican el enfoque 'ordoliberal', basado en que el objetivo último y directo del Derecho de la competencia es la protección del proceso competitivo en si mismo considerado (en vez de la eficiencia y el bienestar del consumidor como ellos propugnan), que aplican tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios en sus decisiones. Incluso dicen más adelante "... a menos que la negativa de conceder una licencia de derechos de la propiedad intelectual evite la introducción de nuevos productos para los que existe una demanda sustancial" e indican a continuación los

acceso a bienes/servicios (tales como la información sobre programación de TV), a pesar del hecho de que estén protegidos por derechos de propiedad intelectual. En otras palabras, ¿si hay un derecho de autor que protege las programaciones individuales de televisión por qué se obliga a los organismos de radiodifusión a que proporcionen dicha información protegida a otras publicaciones?.

Para RIDYARD⁷⁹² la respuesta reside en que los listados de TV son un subproducto adicional de otra actividad (la radiodifusión televisiva) más que una actividad creativa sujeta a una competencia efectiva. El problema de los derechos monopolísticos de propiedad intelectual proviene no de la exclusividad inherente en estos derechos, sino de la muy fuerte posición en el mercado primario por la cadena terrestre, que efectivamente bloqueó la perspectiva de competencia entre propietarios rivales de guías de TV.

La respuesta del Tribunal se basó en la acumulación de tres condiciones perjudiciales para la competencia en una negativa de conceder licencia de publicación, en el ámbito de derechos de propiedad intelectual⁷⁹³:

- que el titular del derecho de autor se reserva un mercado secundario (la publicación de guías de programación de TV), excluyendo así toda la competencia posible;
- que resulte imposible la emergencia de un nuevo producto (guías de TV globales), para el que existe demanda en el mercado;
- que no exista ninguna justificación objetiva para la negativa.

Respecto al segundo requisito, si bien es formulado en sede de derechos de propiedad intelectual⁷⁹⁴, a nuestro entender no es un requisito diferente al de la *indispensabilidad*

requisitos para que se compela a conceder una licencia, que vienen a ser los requisitos de la EFD mas el que añade Magill, esto es, “la negativa evita la emergencia de mercados para nuevos productos para los cuales existe demanda sustancial”. De hecho, los autores estudian este caso en un artículo de Christian Ahlborn, David Evans y Jorge Padilla, “The Logic and Limits of the ‘Exceptional Circumstances’ Test in Magill and IMS Health”, 28 *Fordham International Law Journal* 1109 (2005).

⁷⁹² RIDYARD, D.: “Essential facilities and obligations to supply competitors under UK and EC Law”, *ECLR*, n° 8, 1996, pág. 446.

⁷⁹³ Aunque parece razonable pensar que las tres condiciones de Magill son cumulativas, el Tribunal no se pronunció respecto a este punto, con la consecuencia de una gran incertidumbre legal en los subsiguientes casos de negativa de concesión de licencia de derechos de autor.

⁷⁹⁴ Como pone de manifiesto RITTER, C.: Refusal to deal and “Essential Facilities”: Does intellectual property require special deference compared to tangible property?, *World Competition, Law and Economics Review*, vol. 28, n. 3, sept. 2005, pág. 13, la especial deferencia que se exige cuando estamos ante derechos de propiedad intelectual no tiene ningún fundamento legal. El Derecho de la Competencia no exime a los titulares de derechos de propiedad intelectual de escrutinio jurídico. El “derecho a la propiedad” y el derecho a la protección de la propiedad

que hemos analizado en el epígrafe II de este capítulo. De hecho el mismo TJCE indica en el párr. 52 de esta sentencia “*no existía ningún sustituto real o potencial de una guía semanal de televisión con información sobre los programas de la semana siguiente*”.

Este caso levantó muchas críticas e incertidumbre sobre el valor preciso de los derechos de propiedad intelectual. El elemento clave en Magill es el criterio del “nuevo producto” debido al hecho de que las otras condiciones para que se den “circunstancias excepcionales” son las mismas que en los casos previos de interferencia en los mercados vecinos. El principal interés del TJCE era la amenaza del bloqueo o cerramiento de un mercado, más que el apalancamiento o extensión de poder de un titular de derechos de autor a un mercado relacionado. Así, la introducción del criterio del “nuevo producto” fue un intento del TJCE de adaptar la doctrina de *Commercial Solvents* a las necesidades de la legislación sobre derechos de propiedad intelectual, equilibrando los intereses de los titulares de estos derechos y sus competidores en el mercado secundario⁷⁹⁵.

En resumen, el TJCE sentenció, en primer lugar, que la “prevención de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial” constituye un abuso de posición dominante bajo el art. 82(b) TCE, el cual establece que existe dicho abuso cuando se “limita la producción, el desarrollo técnico o de mercados, en perjuicio de los consumidores”⁷⁹⁶. En segundo lugar, dicha negativa no estaba justificada (párr. 55). Y en tercer lugar, “*los organismos de radiodifusión se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en el mercado (véase la sentencia de 6 de marzo de 1974, Commercial Solvents/Comisión, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223, apartado 25), puesto que las recurrentes negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía*” (párr. 56).

intelectual, ambos protegidos por la legislación de la UE (art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000) y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 1 del Protocolo 1) son estrictamente paralelos, en el sentido de que los derechos de propiedad intelectual no requieren más protección que la propiedad física. A más abundamiento, cuando, ni en el marco de la UE ni en el de la CEDH, no los derechos de propiedad física ni intelectual son absolutos. Así, en el asunto T-65/98 Van den Bergh Foods, párr. 170, se indica que el derecho a la propiedad puede ser limitado con el fin de la consecución de objetivos de interés general para la Comunidad Europea, con sujeción al principio de proporcionalidad. El Derecho de la Competencia en encuadra en esta noción de “interés general”.

⁷⁹⁵ En opinión de NEMIROVSKIS, D.: “Mandatory Dealing in the European Union Law: the way of thorns”, *ELSA SPEL* 2005 (1), pág. 113.

⁷⁹⁶ Véase en los párr. 53 y 54 de esta sentencia.

Sin embargo, los principales fallos que apunta Evrard⁷⁹⁷ en este pronunciamiento son:

- Que el Tribunal no ofreció mucha guía respecto a las circunstancias en las que una negativa de concesión de licencia de derechos de propiedad intelectual sería considerada abusiva;
- Tampoco definió lo que debía entenderse por un ‘producto nuevo’;
- Las cadenas buscaban excluir la competencia del mercado de sus derechos de autor, no del mercado subsidiario⁷⁹⁸.

En nuestra opinión, poco a poco el Tribunal se va desplazando a un análisis basado en los efectos en el mercado más que en constatar un abuso de acuerdo a unos requisitos estrictos, o, mejor dicho, analiza dichos requisitos a la luz de sus efectos anticompetitivos en el mercado. De este modo, puede salvar la protección que dispensan los derechos de propiedad intelectual, indicando que hay *circunstancias excepcionales* por las que se levanta su protección, cuando el ejercicio del derecho excluyente por el titular puede dar lugar a un comportamiento abusivo, como en el asunto *Volvo*. Si bien en *Volvo* da una lista de posibles comportamientos abusivos, en Magill trata de generalizar el comportamiento, cuando éste impida que surja un *producto nuevo* para el que hay una demanda potencial⁷⁹⁹. Incluso ya no habla, como en los asuntos anteriores, de que se trate de evitar *eliminar toda competencia por parte de una tercera empresa*, sino, como dice en su párr. 56,: de evitar la exclusión de *cualquier competencia en el mercado*.

Y esto es muy significativo porque ya no estamos, como en los casos anteriores, protegiendo abusos contra competidores existentes, sino que estamos protegiendo a la demanda potencial. Y aquí es donde la virtualidad de la EFD/DRE nos parece más importante, no ya en evitar abusos discriminatorios en relaciones comerciales ya existentes para las que, sin duda, se podría bastar el art. 102 TFUE, sino en evitar que se cierre o bloquee todo un mercado emergente por abusos llevados a cabo por empresas

⁷⁹⁷ EVRARD, S.J.: “Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2004, pp. 491-526. Asimismo, este autor hace un análisis en este artículo de si las decisiones anteriores del TJCE habrían sido diferentes si se hubieran examinado a la luz del pronunciamiento del asunto *Bronner*. Respecto de Magill, dice que el TJCE no habría decidido que existía un abuso, puesto que los listados globales de programación semanales para los que requería información Magill, no eran indispensables para competir en el mercado derivado y porque las cadenas de tv estaban todavía compitiendo entre ellas en este mercado derivado, por lo que, la negativa de acceso no podía conducir a ninguna monopolización del mercado derivado. En contra de este argumento DOHERTY: “Just what are essential facilities?” en *CMLR*, 2001, n° 38 (2), pp. 397-436.

⁷⁹⁸ Es decir, no se buscaba la monopolización o el apalancamiento del mercado subsidiario.

⁷⁹⁹ Como pone de manifiesto RITTER, C.: Refusal to deal and “Essential Facilities”: Does intellectual property require special deference compared to tangible property?, *World Competition, Law and Economics Review*, vol. 28, n. 3, sept. 2005, pág. 15, *un producto puede crear su propio mercado*. Lo que es especialmente cierto, en nuestra opinión, en los casos de recursos esenciales.

dominantes que tratan de evitar una competencia futura, en un mundo como el actual, en constante cambio tecnológico⁸⁰⁰.

7) Ladbroke de 1997 y la importancia de proteger la competencia potencial

La Decisión de la Comisión⁸⁰¹ en este asunto *Ladbroke* fue mantenida por el TPI⁸⁰², respecto a que no constituía un abuso con base en el art. 102 TFUE la negativa de conceder una licencia respecto a los derechos de propiedad intelectual que cubrían imágenes y sonido de carreras de caballos. Las principales sociedades de carreras francesas, *Paris mutuel urbain* (PMU) y *Paris mutuel international* (PMI), denegaron a Ladbroke para sus agencias hípicas de apuestas en Bélgica la explotación comercial de los derechos de autor correspondientes a sonido e imágenes franceses.

En una larga y contradictoria sentencia que sigue el método de análisis tradicional del Derecho de la Competencia⁸⁰³, el TPI dedicó una primera parte a la *definición del mercado del producto de referencia*. Al respecto afirmó que la Comisión, contrariamente a las alegaciones de Ladbroke, delimitó claramente el mercado del producto de referencia como el de la transmisión de sonido e imágenes de las carreras hípicas en general⁸⁰⁴, y no el de las apuestas sobre estas carreras. Consecuentemente, en la segunda parte analizó la *definición del mercado geográfico de referencia* (párr. 90 a 108). En efecto, contrariamente a lo que sostuvo la demandante Ladbroke, el mercado de sonido e imágenes no constituía un mercado autónomo sino más bien un mercado auxiliar creado como consecuencia del mercado principal de las apuestas, cuyo funcionamiento tiende a influir y a dirigir la elección de los apostantes hacia las apuestas efectuadas sobre las carreras transmitidas, y en el que los apostantes son los consumidores finales tanto en el mercado principal de las apuestas como en el mercado auxiliar o secundario de sonido e imágenes. Al ser nacional el marco geográfico del mercado principal de las apuestas, lo mismo sucede con el marco geográfico del mercado auxiliar del sonido e imágenes.

⁸⁰⁰ Algunos autores como TURNEY, J.: Defining the limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: the primacy of securing optimal innovation, *Nw. J. Tech & Intell. Prop.*, vol. 3, pág. 179, apartados II.B, IV, 2005, argumentan que la EFD/DRE opera como la mejor segunda solución para corregir la expansión desmesurada de los derechos de propiedad intelectual.

⁸⁰¹ Decisión de la Comisión de 24 Junio de 1993 (IV/33.699).

⁸⁰² Asunto T-504/93 *Tierce Ladbroke SA c/ Comisión*, Rec. 1997 pág. II-923.

⁸⁰³ Al que hemos dedicado el cap. III de este trabajo, concretamente el epígrafe IV.

⁸⁰⁴ Aunque durante el período de examen de la denuncia no existían retransmisiones de sonido e imágenes franceses en Bélgica, en el que sólo se transmitían el sonido e imágenes de las carreras británicas.

En la tercera parte se debate sobre la posición dominante (a partir del párr. 109) en que se consideró que las sociedades de carreras se encontraban en una situación dominante colectiva⁸⁰⁵ en el mercado belga del sonido e imágenes franceses. La cuarta parte está dedicada al análisis sobre el abuso alegado (a partir del párr. 112), centrándolo en si la negativa de las sociedades de carreras a conceder a Ladbroke una licencia de transmisión del sonido e imágenes franceses podía constituir una discriminación en su contra, en la medida en que las sociedades de carreras han concedido licencias de transmisión a otras entidades⁸⁰⁶. Se argumentó al respecto que el ejercicio del derecho de autor sólo es abusivo si las condiciones y las modalidades del ejercicio de dicho derecho persiguen una finalidad manifiestamente contraria a los objetivos del artículo 82, como en el asunto *Magill*, en el que la denegación de una licencia impedía la introducción en el mercado de un nuevo producto. En el caso de autos no se cumplían estos requisitos, en la medida en que la demandante operaba e incluso se encontraba en una posición dominante en el mercado de la aceptación de apuestas en el que se proponían a los apostantes el sonido e imágenes, mientras que los titulares de los derechos de autor de que se trata, las sociedades de carreras, no operaban en dicho mercado en aquel momento. Además, a diferencia del asunto *Magill*, la negativa de las sociedades de carreras a conceder a Ladbroke una licencia para la difusión del sonido e imágenes franceses no privaba a los apostantes de un servicio, es decir, del sonido e imágenes, que fuera fundamentalmente distinto del servicio existente, esto es, la aceptación de apuestas en el mercado belga en el que, las sociedades de carreras no habían concedido ninguna licencia (y por tanto, tampoco se había dado discriminación⁸⁰⁷).

Las partes coadyuvantes nos dieron una magnífica oportunidad para resolver ciertas cuestiones que quedaron sin resolver en el asunto *Magill*, y así refiriéndose al mismo, sostuvieron, en el párr. 121 que, la negativa del titular de un derecho de propiedad

⁸⁰⁵ Sobre la posición dominante colectiva véase en el cap. III, epígrafe IV- 6.

⁸⁰⁶ Se concedieron licencias a otras entidades pero respecto a mercados distintos al belga, por lo que al delimitar el mercado geográfico al mercado nacional, la discriminación contra Ladbroke no podía darse.

⁸⁰⁷ El TPI argumentó que el hecho de que la demandante estuviera dispuesta a pagar una compensación económica razonable por una licencia de transmisión de las carreras francesas no bastaba para probar la existencia de un abuso, a falta de una discriminación en su contra por parte de las sociedades de carreras en el mercado geográfico de referencia, puesto que las sociedades de carreras no habían concedido hasta el momento ninguna licencia para el territorio de Bélgica, y por lo tanto, su negativa a conceder una licencia a Ladbroke no constituía una discriminación entre los operadores del mercado belga. Así, en el párr. 123 donde viene a concluir que el mercado de referencia es el mercado nacional belga, se ve la importancia de la definición del mercado relevante, ya que determinó la valoración del abuso. Por lo tanto, a falta de una explotación directa o indirecta por parte de las sociedades de carreras de sus derechos de propiedad intelectual en el mercado belga, no cabía considerar que la denegación objeto de litigio de dichas sociedades diera lugar a restricción alguna de la competencia en el mercado belga.

intelectual a conceder una licencia sólo podía calificarse de abuso de posición dominante cuando “i) la denegación de concesión impide la aparición de un producto nuevo mucho más cómodo para los particulares y que constituye un mercado derivado; ii) el titular del derecho de que se trata está presente tanto en el mercado principal como en el mercado derivado, y iii) el titular del derecho de que se trata impide, mediante su negativa a conceder una licencia, la entrada de competidores en el mercado para preservar su monopolio.” Si bien el primero de los requisitos sí que se establece en *Magill* para los casos de derechos de propiedad intelectual, tanto el segundo como el tercero son consecuencias presumibles que, desde luego, no fueron establecidas por el Tribunal.

Ahora bien, el TPI, respecto a estas cuestiones, indicó que *no se cumple ninguno de los requisitos, en la medida en que, por una parte, el sonido e imágenes no constituye para los apostantes un producto nuevo que pueda influir sobre la elección de sus apuestas y, por otra, ni las sociedades de carreras ni PMU o PMI operan en el mercado belga de la aceptación de apuestas (mercado principal) y el de la explotación de sus derechos de autor (mercado derivado) y, finalmente, la negativa objeto de litigio de las sociedades de carreras no impide la entrada de la demandante en el mercado de la aceptación de apuestas.*

La transmisión televisada de las carreras hípcas no era necesaria para aceptar apuestas en las tiendas de apuestas, y por lo tanto, no podía calificarse como un recurso esencial. Además, el TPI dejó claro que la EFD/DRE no podía ser invocada por una empresa que ya ostentaba una presencia importante en el mercado relevante y que sólo deseaba reforzar dicha posición. De este modo, en su párrafo 131 el TPI dijo: “...En efecto, la negativa opuesta a la demandante sólo puede estar sujeta a la prohibición del artículo 82 si se refiere a un producto o servicio que es esencial para el ejercicio de la actividad de que se trata, en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial o es un producto nuevo cuya aparición sería obstaculizada, a pesar de una demanda potencial específica, constante y regular, por parte de los consumidores (véase, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, *Magill*, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P).” Continuando en el párr. 132 con el mismo argumento: *En el caso de autos, como, por otra parte, han subrayado la Comisión y las partes coadyuvantes, la transmisión televisada de las carreras hípcas, aunque constituye un servicio complementario, e incluso conveniente, ofrecido a los apostantes, no es en sí misma indispensable para el ejercicio de la actividad principal de los «bookmakers», constituida por la aceptación de apuestas, como prueba el hecho de que la demandante está presente en el mercado belga de la aceptación de apuestas y ocupa una posición importante en el sector de las apuestas sobre las carreras*

francesas. Además, la transmisión no es indispensable, en la medida en que se efectúa después de que tengan lugar las apuestas, de modo que su falta no afecta en sí misma a la elección de los apostantes y que, por ello, no puede impedir a los «bookmakers» desarrollar sus actividades comerciales.”

Se considera que Ladbroke limitó el ámbito de *Magill* en el sentido de que no se imponía el deber de otorgar licencia cuando el titular del recurso no estaba presente en el mercado principal o cuando la empresa que requería la licencia era dominante en dicho mercado. Ahora bien, incluso cuando el titular de la licencia no estaba presente en el mercado principal, la negativa de garantizar una licencia podía ser abusiva, si una licencia había sido otorgada a otros operadores en dicho mercado⁸⁰⁸. En este caso tampoco se trataba de una cuestión acerca de la emergencia de un nuevo producto. Sin embargo, implícitamente el TPI consagra como requisitos la presencia del titular de un derecho de propiedad intelectual en ambos mercados, principal y derivado, -a no ser que se produjera una discriminación respecto a otros competidores-, y el elemento de la intención de preservar su monopolio en el abuso anticompetitivo⁸⁰⁹.

Finalmente, después de 155 párrafos que respaldan que no se produjo un abuso en el marco del art. 82 TCE, el TPI acabó por anular la Decisión de la Comisión en base al art. 81-1 TCE. Así, en el párr. 156 el TPI recordó que *“incurre en la prohibición del apartado 1 del artículo 81 del Tratado cualquier acuerdo, decisión de asociación de empresas o práctica concertada que tenga por objeto o efecto restringir la competencia que existe o podría existir entre las partes afectadas, pero también la competencia que podría existir entre ellas o una de ellas y los terceros*⁸¹⁰. *De ello se deduce que un acuerdo entre dos o*

⁸⁰⁸ Las sociedades de carreras no estaban presentes en el mercado belga de sonido e imágenes franceses, ni las sociedades de carreras se habían reservado el mercado de sonido e imágenes franceses en Bélgica y tampoco habían garantizado el acceso a dicho mercado a una tercera empresa o a una empresa que les perteneciera.

⁸⁰⁹ Es importante porque puede entenderse que en casos de negativas de licencia *de novo* es necesario para constatar un abuso anticompetitivo la presencia de la empresa dominante en los dos mercados junto con su intención de monopolización, mientras que en los casos de discriminación dichos requisitos no son necesarios. Lo que no puede ser porque para que se considere un abuso como anticompetitivo tiene que estar dirigido contra un competidor y para ello es necesario la presencia de la empresa dominante en los dos mercados (de otro modo se trataría de la posición de dominio relativa), y por ello, es considerado que la EFD/DRE en la UE solo se aplica en el marco de empresas integradas verticalmente. Ahora bien, si se trata de una empresa dominante que solo tiene presencia en uno de los mercados y realiza un abuso excluyente contra el único competidor existente en el mercado, en el cual ella no tiene presencia con el fin de intentar monopolizarlo, también se considera un abuso, a pesar de tratarse de una empresa que al extenderse a otro mercado va a transformar su estructura a la integración vertical.

⁸¹⁰ En esta argumentación el TPI nombra las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig c/ Comisión*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y

más empresas que tenga por objeto prohibir la concesión a un tercero de una licencia de explotación de los derechos de propiedad intelectual no queda, como sostiene la Comisión, fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81, por el único motivo que ninguna de las partes contratantes haya concedido a un tercero dicha licencia en el mercado de que se trate y que no da lugar a ninguna restricción de la posición competitiva actual de los terceros. Ahora bien, el TPI consideró que un acuerdo horizontal entre las sociedades de carreras que impidiese a cada una de ellas conceder a un tercero, como la demandante, una licencia de transmisión de sonido e imágenes de las carreras que organiza podría obstaculizar la incorporación de cada una de ellas al mercado belga de sonido e imágenes de carreras en general y, de este modo, restringir la competencia potencial que pudiese existir en dicho mercado, en detrimento de los intereses de los «bookmakers » y de los consumidores finales.”

Consideramos que este asunto no vino a restringir la aplicación de la EFD/DRE, sino que no devenía aplicable a los hechos, puesto que no fue posible demostrar el intento de monopolización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual al no estar presentes en ninguno de los mercados principal y auxiliar definidos. Aunque mucho tuvo que ver el definir limitadamente el mercado geográfico, lo que excluyó la presencia de los titulares de los derechos de propiedad intelectual del mercado auxiliar de retransmisión de carreras en Bélgica. Sin embargo, en el último momento, la sentencia viene a anular la Decisión de la Comisión con el fin de proteger la competencia potencial, lo que evidentemente ampliaría dicho mercado con la emergencia de un nuevo producto o servicio: la retransmisión de carreras de caballos francesas.

2.2. El asunto *Bronner* de 1998. Cambio de dirección en la evolución de la jurisprudencia UE⁸¹¹

La guía más importante en el enfoque de los Tribunales de la UE para la aplicación de la EFD/DRE se encuentra en el asunto *Bronner*⁸¹², que supuso por parte de la

ss., especialmente p. 493, e *Italia c/ Consejo y Comisión*, 32/65, *Rec.* pp. 563 y ss., especialmente p. 592).

⁸¹¹ SCHWEITZER, H.: “The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC”, pag. 35., pone de manifiesto que “con este asunto, el TJCE efectivamente frenó ciertas tendencias expansionistas que habían estado previamente latentes en la Jurisprudencia del TJCE y en las decisiones de la Comisión”.

⁸¹² Sentencia del TJCE (Sala Sexta) de 26 Noviembre 1998, asunto C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c/ Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*,

jurisprudencia del TJCE un cambio hacia un criterio mucho más restrictivo a la hora de determinar un abuso en este tipo de casos. Conforme a RITTER, C.⁸¹³, el asunto Bronner es significativo porque limita la aplicación del test de la “indispensabilidad”, es decir, hace más estricta la valoración de un recurso como indispensable o esencial.

A parte del pronunciamiento del TJCE, resultan de especial relevancia las Conclusiones del Abogado General⁸¹⁴ (A.G. en adelante) Jacobs en el presente asunto, a las que nos referiremos en el análisis del mismo.

2.2.1. Hechos acaecidos en el presente asunto

Se trataba de una petición de decisión prejudicial, en torno a dos cuestiones relativas a la aplicabilidad del art. 82 TCE (art. 102 TFUE), remitida por un Tribunal nacional austriaco de Competencia al TJCE. El editor Oscar Bronner pretendía que se ordenara a su mayor competidor, la empresa Mediaprint, poner fin a su abuso de su posición dominante, con el fin de incluir su periódico «Der Standard» en el único sistema de reparto de periódicos a domicilio –existente en Austria en aquel momento– de Mediaprint, a cambio de un precio razonable. En apoyo de esta pretensión, Oscar Bronner puso de manifiesto que la entrega por correo, que, por lo general, sólo se efectuaba al final de la mañana, no constituía una solución sustitutoria de alcance equivalente al reparto a domicilio y que, debido al reducido número de sus suscriptores, no le era rentable en modo alguno establecer su propio sistema de reparto a domicilio. Oscar Bronner alegaba también que Mediaprint incurrió en una discriminación contra ella al incluir en su sistema de reparto a domicilio al periódico «Wirtschaftsblatt», diario que Mediaprint tampoco editaba. En respuesta a estas alegaciones, Mediaprint subrayó que la creación de su sistema de reparto a domicilio requirió una importante inversión administrativa y financiera y que la apertura del sistema al conjunto de los editores de los periódicos austriacos excedería los límites naturales de capacidad de su sistema. Afirmaba también que el hecho de ostentar una posición dominante no podía obligarle a subvencionar a la competencia favoreciendo a las sociedades competidoras. Mediaprint añadió que la

Rec. 1998, pág. I-7791.

⁸¹³ Refusal to deal and “Essential Facilities”: Does intellectual property require special deference compared to tangible property?, *World Competition, Law and Economics Review*, vol. 28, n. 3, sept. 2005, pág. 4.

⁸¹⁴ Es significativo resaltar que la figura del Abogado General no tiene análogo en el Derecho norteamericano. Es un miembro del TJCE y del Tribunal General en la UE, que no vota o participa en el fallo, pero ofrece una opinión, antes de que se adopte la resolución, con el fin de asistir a los miembros del Tribunal en su decisión, y que conlleva un significativo análisis del caso.

situación del «Wirtschaftsblatt» no era comparable a la de «Der Standard», en la medida que el editor del «Wirtschaftsblatt» confió asimismo al grupo Mediaprint la impresión y el conjunto de la distribución, es decir, incluida la venta en los quioscos, de forma que el reparto a domicilio no era más que una parte de un conjunto de prestaciones.

Sin embargo, la decisión prejudicial del TJCE dejaba al Tribunal nacional austriaco decidir la delimitación del mercado de referencia, si Mediaprint ostentaba una posición dominante en el mismo (párr. 34 y 35), y si su negativa de dar acceso a su sistema de reparto a domicilio constituía un abuso de posición dominante (párr. 37)⁸¹⁵.

2.2.2. Aspectos debatidos en la sentencia

En la decisión dos aspectos fueron debatidos⁸¹⁶: la relación entre la legislación de Competencia nacional y de la UE, y, el alcance de aplicabilidad del art. 82.

2.2.2.1. Sobre la admisibilidad de las cuestiones planteadas

Respecto al primer aspecto, la relación entre la legislación de Competencia nacional y de la UE, Mediaprint y la Comisión afirmaron que el litigio principal afectaba únicamente al Derecho austriaco de la Competencia, y que el Tribunal austriaco estaba especializado en la aplicación del Derecho nacional de la Competencia, no hallándose facultado para dar

⁸¹⁵ Ahora bien, no parece claro, por la dicción del párr. 37, si el abuso también había de valorarlo el Tribunal nacional por cuanto el mismo TJCE dedicaba el resto de la sentencia, a partir del párr. 37, al examen del abuso. No dejó claro si para guiar al Tribunal nacional en esta tarea (de valoración del abuso) o porque dejaba la cuestión resuelta. En este último caso, no se entiende entonces que deje al Tribunal nacional la tarea de delimitar el mercado relevante y de la posición de dominio.

⁸¹⁶ Estos dos aspectos no se corresponden con las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de la Competencia austriaco, las cuales quedan reflejadas en el párr. 11 de la sentencia del TJCE, como sigue: “1) *¿Debe interpretarse el artículo 82 del Tratado CE en el sentido de que debe admitirse la existencia de un abuso de posición dominante, al obstaculizar abusivamente el acceso al mercado, cuando una empresa que desempeña su actividad en la edición, la elaboración y la distribución de prensa diaria y que ocupa, a través de sus productos, una posición dominante en el mercado austriaco de prensa diaria (el 46,8 % en términos de tirada y el 42 % en ingresos publicitarios, con un porcentaje de difusión del 71 % sobre el número total de diarios), y gestiona la única red nacional existente en Austria de reparto a domicilio para suscriptores, se niega a formular una oferta firme a otra empresa, cuyo objeto es asimismo editar, elaborar y distribuir un diario en Austria, con objeto de incluir al citado diario en el referido sistema de reparto a domicilio, habida cuenta también de que la escasa tirada y, por consiguiente, el escaso número de suscriptores, impide a la empresa que desea ser incluida en el sistema de distribución, bien sola o en colaboración con las demás sociedades que ofrecen diarios en el mercado, establecer, realizando unos gastos aceptables, su propio sistema de reparto a domicilio y explotarlo de forma rentable?* 2) *¿Constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 del Tratado CE el hecho de que la empresa que gestiona el sistema de reparto a domicilio de los diarios (en las circunstancias ya descritas en la primera cuestión) supedita su aceptación de mantener relaciones comerciales con el editor de un producto competidor a la condición de que dicho editor le encargue llevar a cabo, en el marco de un conjunto de prestaciones, no sólo el reparto a domicilio sino también los demás servicios que propone (como la venta en los quioscos o la impresión?).”*

cumplimiento al artículo 82 del Tratado, precepto este último que dicho órgano jurisdiccional tampoco podía aplicar directamente⁸¹⁷. De este modo, el Derecho nacional y el Derecho comunitario de la Competencia se aplican de forma paralela e independientemente entre sí y que, tan sólo cuando la aplicación del Derecho nacional de la Competencia puede menoscabar la aplicación uniforme, en todo el mercado común, de las normas comunitarias en materia de Competencia y para la plena eficacia de los actos adoptados sobre la base de las citadas normas, procede aplicar la regla de la primacía del Derecho comunitario.

Ahora bien, ni el TJCE ni el Abogado General compartieron esta visión. El TJCE se aferró al principio de primacía del derecho comunitario -en vez de al principio del efecto directo- y resaltó (párr. 20) que *“el hecho de que un órgano jurisdiccional nacional conozca de un litigio relativo a prácticas restrictivas con arreglo al Derecho nacional de la Competencia no debe impedirle plantear al Tribunal de Justicia una cuestión acerca de la interpretación del Derecho comunitario en la materia, y en particular, del artículo 82 del Tratado, en relación a esta misma situación, cuando considere que puede plantearse una situación de conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional”*. Ahora bien, el TJCE dejó sin resolver, -lo que sí hizo el A.G.-, la importante cuestión de si el comercio entre los Estados miembros se ve sensiblemente afectado⁸¹⁸, argumentando que esta valoración se refiere a la propia aplicabilidad del artículo 82 del Tratado, es decir, a la situación fáctica que es objeto del litigio principal. Por este motivo, continua el TJCE, corresponde a la apreciación del órgano jurisdiccional nacional y carece de pertinencia en orden a verificar la admisibilidad de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia⁸¹⁹.

⁸¹⁷ En aquel entonces, es decir, antes del Reglamento 1/2003, que cambia la situación.

⁸¹⁸ Que el comercio intracomunitario se vea sensiblemente afectado es requisito necesario para poder aplicarse el art. 102 TFUE, como hemos visto en el cap. III, epígrafe IV. 1. *Cláusula de afectación al comercio intracomunitario*.

⁸¹⁹ Así, en el párrafo 36 el TJCE indica que: *“En este supuesto, el órgano jurisdiccional remitente tendrá que reconocer asimismo que Mediaprint se encuentra en una posición dominante en una parte sustancial del mercado común ya que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando una posición dominante se extiende a todo el territorio de un Estado miembro, éste puede constituir una parte sustancial del mercado común (véanse en este sentido, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 28, y de 5 de octubre de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, Rec. p. I-5077, apartado 17).”* Por otra parte, como hemos visto el hecho que el Tribunal nacional en un pronunciamiento preliminar entendiera que el comercio entre los Estados miembros se pudiera ver afectado era suficiente para plantear la cuestión prejudicial, a pesar de que Mediaprint pusiera de manifiesto que las copias del periódico de Oscar Bronner vendidas fuera de Austria representaban una proporción mínima del total de ventas (700 copias que representaban menos del 0,8% del total de periódicos en circulación). Al considerar que Bronner, en su calidad de editor de un diario nacional que también puede adquirirse en el extranjero, actúa asimismo en el comercio internacional, el órgano jurisdiccional nacional afirmó que ha quedado acreditado el efecto sobre el comercio intracomunitario. Además, según reconoció la Comisión, la apreciación del órgano jurisdiccional

El Abogado General Jacobs mantiene esta misma posición, pero basándola en que el Tribunal austriaco debe ser competente para aplicar el art. 82 por el efecto directo de las disposiciones del Tratado⁸²⁰.

Se considera que este primer aspecto viene a delimitar la esfera de aplicación de la jurisdicción nacional versus comunitaria. Ya hemos visto que las legislaciones nacionales de competencia son muy similares o las mismas que las disposiciones del Tratado relativas al Derecho de la competencia⁸²¹, y no es excepción el Derecho de la competencia austriaco⁸²². Por otra parte, el sistema descentralizado instaurado que establece el Reglamento 1/2003⁸²³, es reflejo, en este sentido, de la línea en que la jurisprudencia ha ido evolucionando a lo largo de los años.

2.2.2.2. El alcance de aplicabilidad del art. 82 TCE (102 TFUE)

Respeto al segundo aspecto, el alcance de aplicabilidad del art. 82, hemos de volver la vista a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal austriaco⁸²⁴, que en suma y siguiendo literalmente la sentencia en el párr. 23, viene a resumirse por el TJCE: *“Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional pretende en sustancia que se dilucide si constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 del Tratado el hecho de que una empresa periodística, con una cuota considerable del mercado de diarios en un Estado miembro y que explota el único sistema de reparto de periódicos a*

nacional podría basarse en otro razonamiento: si la negativa de Mediaprint a abrir su red tuviere como efecto dificultar el acceso al mercado austriaco, podría tener como efecto cerrar dicho mercado a la competencia de editores procedentes de otros Estados miembros, que desearan editar o vender diarios en Austria y, por consiguiente, obstaculizar el desarrollo de las corrientes de intercambio en la Comunidad. La alegación de la Comisión basada en lo improbable de este efecto, debido a las demás formas de distribución disponibles constituía una cuestión de fondo.

⁸²⁰ Por ello, en el párr. 23 el A.G. indicó que *“un órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre un recurso como el que dio lugar al procedimiento principal debe hallarse facultado para aplicar directamente el artículo 82. El hecho de que en el procedimiento principal ante el órgano jurisdiccional nacional, no se haya invocado esta disposición, no puede cuestionar la competencia que tiene atribuida el Tribunal de Justicia para dictar la sentencia solicitada. El órgano jurisdiccional nacional ha solicitado un pronunciamiento sobre el artículo 82 y puede necesitar aplicarlo una vez que se haya acreditado su competencia para hacerlo.”*

⁸²¹ Véase el cap. III de este trabajo, especialmente nota a pie 18. También lo afirma así HANCHER, L.: “Case Law: Court of Justice (Oscar Bronner v. Mediaprint), CMLR 36, 1999, pág. 1299.

⁸²² Como se puede ver en el párr. 3 de la sentencia Bronner del TJCE, la lista de abusos que da la Ley de competencia austriaca (apartado 1 del artículo 35 de la Kartellgesetz) son los mismos que el art. 102 TFUE.

⁸²³ Al cual nos hemos referido en el cap. III, epígrafe III-3.

⁸²⁴ Véase la anterior nota a pie 140, donde se reproducen exactamente las dos cuestiones prejudiciales planteadas en este asunto.

domicilio de ámbito nacional, existente en dicho Estado miembro niegue el acceso a dicho sistema, a cambio de una contraprestación adecuada, al editor de un diario competidor, el cual, debido a la reducida tirada de éste, no puede establecer ni explotar, en condiciones económicamente rentables, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio”.

Ahora bien, para el Abogado General el Tribunal nacional viene a plantear una cuestión más profunda: “... *que se dilucide si, a falta de cualquier otro factor*⁸²⁵ *como la interrupción de los suministros, la vinculación de unas ventas o la discriminación entre clientes independientes, una empresa que se halla en la posición de Mediaprint incurre en un abuso al negar a otro editor de diarios el acceso al sistema de distribución...*” (párr. 54). En otras palabras, ¿constituye la negativa de acceso (al sistema de distribución de Mediaprint), por sí misma, un abuso del art. 82?, o dicho de otro modo, demostrado que un recurso es esencial ¿constituye un abuso la mera denegación o interrupción de acceso o suministro?. Pero vayamos por partes, a esta cuestión nos referiremos más adelante.

Siguiendo la metodología clásica de análisis respecto a la aplicabilidad del art. 102 TFUE, hemos de empezar por determinar el mercado relevante, y con ello el dominio de la empresa en dicho mercado, para después analizar si se cometió el abuso⁸²⁶. Es decir, primero se ha de examinar si existe un mercado propio de sistemas de reparto a domicilio y si Mediaprint ocupaba una posición dominante en dicho mercado.

2.2.3. Mercado relevante

El TJCE empieza su análisis según el método tradicional utilizado por el Derecho de la Competencia en el marco del art. 102, recordando que “*debe concederse una importancia fundamental a la determinación del mercado de referencia*”, y desde este párrafo 32 y hasta el 35 se dedica a esta labor para acabar indicando que la delimitación del mercado de referencia corresponderá al órgano jurisdiccional remitente verificando en particular si los sistemas de reparto a domicilio constituyen un mercado distinto o si otras formas de distribución de diarios, como la venta en comercios y quioscos o la entrega por correo son suficientemente intercambiables con ellos para que deban también tenerse en cuenta, además de la posible existencia de sistemas regionales de reparto a domicilio. La

⁸²⁵ El subrayado es nuestro. Es precisamente la cuestión clave para la existencia de la EFD como categoría autónoma, ¿basta con demostrar la existencia de un recurso esencial para determinar un abuso cuando se niega el acceso/suministro al mismo?

⁸²⁶ Véase cap. III, epígrafe IV.

cuestión esencial es la medida en que el reparto nacional a domicilio es intercambiable con servicios de distribución local o regional, o con otras formas de distribución.

Tanto el Abogado General Jacobs, como Oscar Bronner (el demandante) y la Comisión comparten la idea de que el mercado relevante es el mercado de distribución de periódicos o una parte de este último - más que el mercado de venta de periódicos en general -. El abuso alegado se plantea como la negativa de acceso, o la imposición de términos discriminatorios de acceso, al sistema de distribución de Mediaprint. Que debe explicarse, dentro del ámbito de la EFD, como el abuso de Mediaprint de su poder de mercado en el área de la distribución de periódicos, con el fin de eliminar la competencia en el mercado relacionado de venta de periódicos.

Ahora bien, respecto a la delimitación del mercado relevante en este asunto se plantea una cuestión fundamental. Ya hemos visto, tanto en el capítulo III, como en el asunto *United Brands* de 1978, la importancia de la amplitud o limitación con la que se defina el mercado de referencia porque condiciona la misma posición de dominio. En otras palabras, una definición de un mercado muy amplia debilitará la posición de poder de una determinada empresa en el mismo; una definición muy estrecha determinará, sin duda, una fuerte posición de la empresa con mayor cuota de mercado en el mismo. Esta realidad de los mercados ha condicionado, que en determinados supuestos, especialmente cuando estamos ante empresas integradas verticalmente o en forma de conglomerado, sea más acertado y preciso valorar o definir el mercado en función del abuso⁸²⁷, y no al revés⁸²⁸.

Ahora bien, el Abogado General, sin profundizar en la definición de mercado, alegó que *“según explicará después, la negativa de Mediaprint a dar acceso a su red no constituye un abuso contrario al artículo 82, ni siquiera dando la definición más restringida del mercado de que se trata, es decir el reparto nacional de periódicos a domicilio”* (párr. 31). Factor que afecta a la cuestión de la valoración del poder de dominio de Mediaprint en el mercado relevante, y que hace depender de la propia definición del mercado que dé el tribunal austriaco. Por lo tanto, el Abogado General entra directamente a valorar si existe un abuso o no, y no se plantea la definición del mercado relevante (que deja al criterio del

⁸²⁷ Pues bien, esto es lo que parece hacer el A.G. a tenor de los párrafos 31 y 32 de sus Conclusiones.

⁸²⁸ O sea, en función del tradicional método de análisis del Derecho de la Competencia UE, al que hemos dedicado el cap. III, epígrafe IV-, es decir, primero se define el mercado para valorar si la empresa en cuestión ostenta una posición de dominio en el mismo y de ahí, poder valorar si ha cometido un abuso.

tribunal nacional o más bien parece dar por supuesto que es el de la distribución de periódicos), ni tampoco se plantea si Mediaprint tiene una posición de dominio en el mercado (ya que va a examinar la posición de dominio conjuntamente con el abuso⁸²⁹).

2.2.4. El Test objetivo

⁸²⁹ Véase el párrafo 32 de las Conclusiones del Abogado General: *“Por consiguiente, el resultado puede variar en función de la determinación del mercado de que se trata por el órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, no es necesario considerar aquí las distintas posibilidades ya que, como se verá después, en este contexto, la cuestión del carácter dominante debe examinarse conjuntamente con la del abuso.”* Cuestión relacionada con el apartado IV.4. *Dependencia económica o posición de dominio relativa* (también llamada “Teoría del contratante obligatorio”) del cap. III de este trabajo, sobre todo en referencia a: *“Respecto a la valoración de la posición de dominio, en estos casos de dependencia económica no parece necesaria la previa definición del mercado relevante y consecuente método de averiguación del grado de concentración (cuota de mercado, modo de organizarse el mercado, etc.) del mismo, ya que el poder de dominio deriva de esa especial y determinada relación de dependencia del cliente que sufre el abuso, es decir, de la propia relación vertical (o también de conglomerado) en que se encuentran los agentes económicos. Si en la determinación de una posición de dominio es una condición previa inexcusable la definición del mercado relevante (es decir, basada en el método estructuralista que han usado tradicionalmente las autoridades comunitarias) a la que debe referirse después la evaluación del poder de monopolio, en los supuestos de dependencia económica, sin embargo, parece más acertado definir el mercado relevante en función de la posición de dominio que se pretende determinar. Ahora bien, este método choca con el argumento de que el objetivo del art. 82 no está en proteger al competidor, sino a la competencia.”* También dice PELLISE CAPELL, J.: *“Mercado relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC”*, Aranzadi, 2002, en la nota al pie 382, que *“...Algunos autores consideran que puede llegarse a los mismos o mejores resultados sin necesidad de definir siempre previamente el mercado relevante, sobre todo cuando se trata de evaluar el poder de monopolio de empresas con integración vertical o de conglomerados. La autoridad antimonopolio inglesa, aunque no lo haya expresado formalmente, no siente la necesidad de explicar el mercado relevante para evaluar el poder de mercado, incluso siguiendo también un análisis estructural. Ello le da la ventaja de no tener que fijar un grado en la escala de sustituibilidad de un producto, y de no tener que distinguir entre competencia actual y potencial en la definición del mercado relevante. De todos modos, las dos autoridades -la MMC inglesa y las autoridades comunitarias- siguen en sus análisis una misma lógica. No obstante, algunas proposiciones en favor de extender el análisis de poder de mercado dominante a las relaciones verticales, que han encontrado eco en algunas legislaciones nacionales con la acogida del abuso de situaciones de dependencia (Alemania, Francia y España en la Ley de Defensa de la Competencia) en defensa de la pequeña y mediana empresa parecen volver a enfatizar la atomización frente a la eficiencia como criterio de evaluación de las situaciones de competencia frente al criterio seguido por las autoridades comunitarias y la MMC inglesa.”* Sin embargo otros autores dicen, según recoge en el párrafo 74 de la pág. 118, las reticencias de las autoridades comunitarias de fundar un abuso en una situación de dependencia económica sin necesidad de definir el mercado relevante primero, expresando como ejemplo cuando el Abogado General Jacobs en Bronner advierte del peligro de una aplicación generosa de la EFD. Asimismo, en el párrafo 79, este autor dice que *“También en la aplicación de la EFD no debe olvidarse que la primera finalidad del art. 82 es impedir las distorsiones de la competencia (y en particular proteger los intereses de los consumidores) más que proteger la situación de los competidores particulares. Fueron sin duda estas consideraciones, convenientemente puestas de relieve por el abogado general Jacobs, las que refrenaron al TJCE en la aplicación de la EFD en Bronner”*. Pellise Capell continua diciendo en su párrafo 71 (pág. 114) que para algunos autores la misma práctica comunitaria demuestra que el método de definición previa del mercado relevante no es adecuado para tutelar todos los supuestos de dominación que se dan en el mercado. En muchos casos la sola delimitación del mercado relevante no basta y se han de considerar otros elementos exteriores al mercado relevante, como dice que ocurre normalmente en los supuestos de integración vertical y en los conglomerados (citando el autor expresamente al asunto *United Brands*). Pero falla sobre todo -continúa- en los casos en que la posibilidad de adoptar comportamientos independientes se tiene solo frente a un grupo de clientes o proveedores que dependen económicamente de la empresa dominante.

Volviendo al examen de la sentencia en sí, el TJCE, después de delegar al tribunal austriaco la determinación del mercado relevante, dedicó substancialmente al examen del abuso el resto de su sentencia, la cual siguió en gran medida las Conclusiones del Abogado General Jacobs⁸³⁰, aunque estas últimas son más extensas y entran a dilucidar cuestiones que el TJCE no planteó.

La principal contribución de esta sentencia en la aplicación de la EFD/DRE es que plasma un tercer requisito junto a los que ya se venían formulando por la Jurisprudencia, a saber: “... además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio” (párrafo 41).

Consecuentemente para satisfacer este tercer requisito:

- no debe haber alternativa real o potencial, incluso de inferior calidad⁸³¹
- la imposibilidad de duplicar el recurso debe ser objetiva, debida a obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos, y no limitada a la capacidad del competidor específico que solicita el acceso⁸³². Y este último punto, llamado el test objetivo, es también una novedad que aporta la Jurisprudencia comunitaria para la aplicación de la EFD/DRE, en palabras del propio TJCE: (párrafo 46): “En efecto, para que el citado acceso pueda considerarse, en su caso, indispensable, sería preciso acreditar al menos, como ha señalado el Abogado General en el punto 68 de sus conclusiones⁸³³, que no es

⁸³⁰ Presentadas el 28 de mayo de 1998. Además, véase en apoyo de lo dicho el párr. 46 de la sentencia.

⁸³¹ En el párrafo 41 al final.

⁸³² Véase en el párr. 44 de la sentencia. De las Conclusiones del Abogado General, ver párr. 65: “... cuando sea imposible o en extremo difícil reproducir la instalación en razón de las exigencias físicas, geopolíticas o legales, o cuando la citada reproducción no sea del todo deseable por razones de orden público.” Párr. 66: “No excluyo la posibilidad de que el coste ligado a la reproducción de la instalación suponga en sí mismo un obstáculo insuperable para el acceso al mercado. Esta situación puede presentarse en particular en aquellos casos en los que la instalación se ha creado en unas condiciones contrarias a la competencia en parte merced a subvenciones públicas, por ejemplo. Sin embargo, considero que el test debe tener un carácter objetivo: dicho de otra forma, para que la denegación del acceso constituya un abuso, es preciso que la competencia sea extremadamente difícil, no sólo para la empresa que solicite el acceso, sino para cualquier otra empresa.”

⁸³³ El párrafo 68 de las Conclusiones del A.G. dice “Por añadidura, sería necesario acreditar que el nivel de inversiones exigido para constituir un sistema nacional de reparto a domicilio podría disuadir a un editor emprendedor, el cual estaría convencido de la existencia de un mercado para otro gran diario, de acceder al mercado.” Habría sido mucho más claro que el TJCE se hubiera remitido al párrafo 51 de las Conclusiones del A.G., que explican el test objetivo directamente: “Al apreciar si una instalación es básica, la Comisión pretende valorar la amplitud del perjuicio y determinar si éste es permanente o simplemente temporal. Un comentarista definió el test que debía aplicarse en el sentido de que tenía por objeto acreditar «si el perjuicio resultante de la denegación de acceso puede razonablemente hacer que las actividades de los competidores en el mercado de que

económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente.”

En definitiva, de lo que se trata con el test objetivo es de comparar la capacidad de reproducción de un recurso en relación a un competidor igualmente eficaz, pero sin olvidar que lo que se compara es la eficiencia del competidor y no sólo su capacidad económica⁸³⁴, ya que en el asunto *Azko*⁸³⁵ se dice que “...*deben considerarse abusivos cuando se fijen de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. Dichos precios pueden, en efecto, eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficaces como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir a la competencia que se les hace*”.

Este test objetivo de la indispensabilidad que sienta Bronner es más difícil de satisfacer que el que aplican los Tribunales norteamericanos. En efecto, recordemos que en el primer asunto en USA que cita este requisito explícitamente es *Hecht v. ProFootball*⁸³⁶, en el que “para ser esencial un recurso no necesita ser indispensable; es suficiente si la duplicabilidad fuera económicamente inviable y si la negativa de acceso causara un impedimento severo a los competidores potenciales.”

2.2.5. Los tres requisitos del asunto Bronner

Por tanto, el asunto *Bronner* fija los tres requisitos conjuntamente necesarios para que quepa afirmar la existencia de un abuso en la negativa de venta/suministro en el sentido del artículo 102 del Tratado⁸³⁷, es decir, se aplicara la EFD/DRE en el marco del Derecho

se trata resultan imposibles o no rentables de una forma duradera, y grave». El test aplicado es un test objetivo, que versa sobre los competidores en general. De esta forma, un competidor concreto no puede invocar su vulnerabilidad especial.” El comentarista al que se refiere y que el mismo párrafo cita, Temple Lang, J. en «Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities», *Fordham International Law Journal*, Vol. 18 (1994), 245 a 284 y 285. Parece que el TJCE refiere el párrafo 68, en vez de hacer referencia al párrafo 51, con el fin de evitar incluso cualquier referencia a la EFD. También sucede lo mismo con el párrafo 66 (recogido más arriba), pero como este último es la continuación del párrafo 65, en el que una vez más se nombra la EFD, parece una vez más que evita cualquier mención a la doctrina.

⁸³⁴ Véase nota a pie anterior.

⁸³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86 *AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1991 pág. I-3359.

⁸³⁶ *Hecht v. ProFootball* 570 F. 2d 982, 992-993 (DC Cir.1977), asunto analizado en este cap. en el epígrafe III-1.4.

⁸³⁷ Compárense con los requisitos para la ‘denegación de suministro’ en la Comunicación de la Comisión “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, dice su párr. 81: “La Comisión considerará que el control de estas prácticas es prioritario siempre que

de la competencia comunitario:

- Cuando es probable que la negativa elimine toda la competencia de parte de la compañía que requiere acceso⁸³⁸;
- Cuando la negativa de acceso no está justificada objetivamente⁸³⁹; y
- Cuando el servicio o input es indispensable para la actividad comercial del que pide dicho acceso, por razón de la falta de sustituto actual o potencial. Debe ser imposible o incluso irrazonablemente difícil, para cualquier otra empresa de las mismas características, debido a obstáculos técnicos, legales o incluso económicos, crear un sustituto⁸⁴⁰.

La línea establecida por el TJCE en el asunto *Bronner* es el marco apropiado para valorar argumentos basados en la EFD/DRE en los casos que no exista regulación sectorial, o que existiendo se aplica inadecuadamente, o aún aplicándose, no llega a resolver los problemas de competencia creados en el mercado⁸⁴¹. Sin embargo, no ha habido muchas oportunidades para la aplicación de evaluaciones basadas en la EFD/DRE bajo el Derecho de la Competencia de la UE. El asunto *Bronner* definió criterios estrictos para la imposición de acceso. Particularmente el requisito de la indispensabilidad no será fácil de demostrar y de este modo el Derecho de la competencia no podrá ser utilizado muy a menudo para obtener acceso o suministro.

concurran todas las siguientes circunstancias cumulativas: — la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente, — sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, y — sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.” Y como cuarto requisito después se añade la ausencia de justificación objetiva de la conducta o basada en eficiencias que contrarresten los efectos anticompetitivos de la misma. Ahora bien, consideramos que comparado con *Bronner*, la Comisión rebaja el rigor del primer requisito de indispensabilidad/esencialidad del input, así dice en el apartado 83 de la misma Comunicación: “Esto no significa que sin el insumo denegado ningún competidor podría introducirse o sobrevivir en el mercado descendente. Se considerará más bien que un insumo es imprescindible cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar —al menos a largo plazo— las consecuencias negativas de la denegación. A este respecto, la Comisión procederá por lo general a evaluar si los competidores podrían realmente, en un futuro próximo, producir un insumo igual que el de la empresa dominante.” Es decir, igualmente basan la necesidad o indispensabilidad del input en su irremplazabilidad y falta de replicabilidad, pero los adjetivos usados por la Comisión son menos drásticos.

⁸³⁸ Requisito que recoge la presente sentencia en los párr. 38 a 41, en los que el TJCE, haciendo referencia a los asuntos *Commercial Solvents*, *CBEM* y *Magill* -debido a que son las partes litigantes las que invocaron estos Asuntos-, concluyó que todos estos ‘precedentes’ estaban basados en el supuesto de que la denegación del servicio/suministro pudiera eliminar toda competencia en el mercado por parte de quien solicita el servicio y que no pudiera justificarse objetivamente.

⁸³⁹ Véanse los párr. 25, 28, 40 y 41.

⁸⁴⁰ Como hemos visto, en los párr. 41 y 44 de la sentencia del asunto *Bronner*.

⁸⁴¹ Véanse las Conclusiones del cap. II.

Por último, destacamos el párr. 69 en cuanto a su relación con el cap. II de esta tesis, epígrafe III, que ofrece argumentos en contra de la posición del A.G. al indicar que adoptar esta doctrina sin más, sin exigir los requisitos y condiciones para que se dé, implicaría una labor de reglamentación por parte de las autoridades de competencia y órganos jurisdiccionales, que conllevaría la fijación de precios y condiciones de entrega en amplios sectores de la economía, lo que no es labor propia de estas instituciones.

2.2.6. Planteamiento de la cuestión del abuso por el A.G. Jacobs

La opinión del A.G. es bienvenida, ya que por fin se aborda el estudio y análisis de esta doctrina en cuanto tal y usando su propia denominación. El A.G. enfrenta cuestiones que hasta ese momento quedaban en el aire. Consideramos que, en definitiva, se trata de dar resolución a infracciones anticompetitivas que pueden escapar o no llegar a reprenderse, en perjuicio del mercado en general y de los consumidores, por falta de los instrumentos normativos adecuados, que no llegan a abordarse, y por tanto, a desarrollarse por falta de análisis.

Tras analizar el mercado relevante, el A.G. dedica el resto de sus Conclusiones a valorar la existencia del abuso, empezando por un repaso de la Jurisprudencia. Si bien antes de comenzar este repaso se pronuncia sobre la existencia de la EFD/DRE y dice en su párr. 35: *“El Tribunal de Justicia aún no se ha referido a la doctrina de las «essential facilities» en su jurisprudencia. Sin embargo, se ha pronunciado en un determinado número de asuntos relativos a la negativa a suministrar bienes o servicios.”*⁸⁴²

Al plantear la cuestión del abuso, el A. G. Jacobs establece al mismo tiempo una clasificación en tres grandes apartados en los párrafos 39 y 43, de este modo: *“... el Tribunal de Justicia examinó la cuestión de si la negativa a suministrar constituía un abuso en aquellas situaciones que no revelan la existencia de ningún otro factor, como el cese de suministrar bienes o servicios a un cliente existente⁸⁴³ o eliminar la competencia en un mercado conexo al vincular bienes o servicios separados⁸⁴⁴, luego, refiriéndose a derechos*

⁸⁴² A pesar de ser la EFD/DRE la base del argumento del demandante, lo que significa que algunas cuestiones quedan sin resolver a la hora de aplicar las reglas que sienta el asunto Bronner. En opinión de DOHERTY, B.: “Just what are essential facilities?”. *CMLR* 38 (2), 2001, pp. 397-436.

⁸⁴³ Nombrando en apoyo de este apartado los asuntos *Commercial Solvents* y a *United Brands* en los párrafos 35 y 36.

⁸⁴⁴ Nombrando a *CBEM* y *GB-Inno-BM* en los párr. 37 y 38.

*de propiedad intelectual*⁸⁴⁵, consistiendo el abuso en una simple negativa a conceder una licencia cuando esta negativa impide a un nuevo producto entrar en un mercado vecino, que hace la competencia al propio producto de la empresa dominante en el mercado.”

En otras palabras, si la negativa de suministro por sí sola (“a falta de cualquier otro factor”) puede constituir un abuso cuando no se de “una interrupción de los suministros, la vinculación de unas ventas o la discriminación entre clientes independientes.”⁸⁴⁶ Consideramos que esta cuestión es fundamental y da sentido a la misma sentencia, a pesar de que el TJCE no llega a entrar en esas consideraciones⁸⁴⁷. Se trata de dilucidar si la negativa de suministro puede consistir en un abuso por sí misma, independientemente de otras figuras como la interrupción de suministros, *tying* o ventas vinculadas y prácticas discriminatorias, se recojan o no en la lista de ejemplos, - que no olvidemos no es exhaustiva -, del art. 102 TFUE⁸⁴⁸.

Pero continuando con las Conclusiones del A. G. Jacobs, para dar respuesta a esta importante cuestión, continúa el Abogado General nombrando una serie de casos⁸⁴⁹ en que “la Comisión ha abordado distintos supuestos de negativa a vender en una larga serie de asuntos examinados a la luz de los artículos 81 y 82⁸⁵⁰. Por otra parte, es de notar que

⁸⁴⁵ Con *Volvo*, *Magill* y *Tiercé Ladbroke*, párr. 39 a 42.

⁸⁴⁶ En el párr. 39, planteando lo mismo en el párr. 54.

⁸⁴⁷ Como hemos visto anteriormente al principio de este epígrafe 2.2., es la interpretación que hace el Abogado General de la cuestión que plantea el Tribunal de la competencia austriaco, así lo dice en el mismo párrafo 54: “La primera cuestión del órgano jurisdiccional nacional tiene por objeto que se dilucide si...”

⁸⁴⁸ De hecho, la negativa de suministro no se recoge en el art. 102 y tampoco parece encajar a primera vista en ninguno de los cuatro supuestos que relaciona.

⁸⁴⁹ Para no alargarme, no recojo todos los datos que identifican con exactitud dichos casos, datos que se pueden ver en las Conclusiones del Abogado General, en el párrafo 44 y sus referencias. Simplemente he pretendido indicar que supuestos considera el Abogado General como practica de la Comisión bajo la negativa de venta/contratación.

⁸⁵⁰ Continúa este párrafo: “Cabe citar como ejemplos la Sentencia de 11 de noviembre de 1981, *IBM/Comisión* (60/81, Rec. p. 2639); *Polaroid/SSI*; Decisión 88/518/CEE de la Comisión, *Napier Brow - British Sugar*; Decisión 88/589/CEE de la Comisión, *London European - SABENA*; Decisión 92/213/CEE de la Comisión, *British Midland contra Aer Lingus*; y *Lutthansa contra Air Europe*; Decisión 78/172/CEE de la Comisión, *Espicias*; *Disma*; Reglamento (CE) n° 3652/93 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1993, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos entre empresas sobre sistemas informatizados de reserva para servicios de transporte aéreo; Reglamento (CEE) n° 1617/93 de la Comisión, de 25 de junio de 1993, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a la tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos; y Reglamento (CEE) n° 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios”. Nótese que la misma Comisión usa esta figura en Reglamentos propios de la regulación de un determinado sector, en este caso el aéreo. En otras palabras, como hemos

el Abogado General indica que en la práctica de la Comisión la negativa de venta/contratación puede darse tanto a la luz tanto del art. 81 como del art. 82 TCE, o en otras palabras, que la negativa de suministro puede darse tanto en supuestos de abuso de posición dominante como de prácticas colusorias y concertación⁸⁵¹.

Ahora bien, si el A.G. deja patente en su examen que no sólo para la Comisión la negativa de suministro por sí sola puede constituir un abuso, sino que también sucede así en algunos Estados miembros⁸⁵², las mismas Conclusiones Generales como la misma sentencia del TJCE concluyen ambas en los requisitos que han de darse para considerar un abuso. Es decir, siempre que se den los requisitos para que un recurso se considere esencial, entonces la negativa de suministro puede constituir un abuso. Pero además, el A.G. profundiza en el análisis del abuso, en contraste con el TJCE, cuando, respecto a la segunda cuestión planteada por el tribunal austríaco⁸⁵³, resuelve del siguiente modo⁸⁵⁴: *“Es cierto que, en principio, la segunda cuestión puede plantearse incluso en el supuesto de que se responda negativamente a la primera. Si bien la negativa de una empresa*

puesto de manifiesto en los capítulos anteriores de esta tesis conceptos y figuras propias del Derecho de la Competencia son usados en la regulación para la liberalización de determinadas industrias.

⁸⁵¹ Ahora bien en la casuística de la UE, si se da una concertación o colusión para negarse a suministrar o contratar se castiga bajo el art. 82 como abuso de posición de dominio colectiva. O bien, si dicha negativa de suministro o contratación, por determinadas razones, es permitida, se trata bajo una excepción del art. 81-3 a la prohibición general de colusión o concertación, teniendo en cuenta que el art. 82 no tiene un régimen de excepción como el art. 81 TCE. Vease también el asunto *Ladbroke* en el sub-epígrafe anterior.

⁸⁵² En el párr. 53 de las Conclusiones del A.G.: *“Todos los derechos de los Estados miembros consideran la libertad de contratar como un elemento esencial de la libertad de comercio. No obstante, las normas de competencia de determinados Estados miembros prevén expresamente que una negativa injustificada a contratar puede constituir un abuso de posición dominante. Esto es lo que ocurre en España, en Finlandia, en Francia, en Grecia, y en Portugal. Por lo que se refiere, en particular, a las instalaciones básicas, algunas disposiciones legales concretas prohíben, en determinados Estados miembros, a las empresas que las controlan negarse a celebrar contratos relativos a la puesta a disposición de dichas instalaciones. Es el caso de Finlandia por lo que se refiere a la red telefónica, la red de transporte de electricidad y los servicios postales, y, en Austria, en lo relativo a la red ferroviaria, a la producción y la distribución de energía, así como a los servicios de tranvías y de autobuses. En otros Estados miembros, el concepto de instalaciones básicas comenzó a desarrollarse a partir de unos principios más generales con el fin de obligar a las empresas que controlan las citadas instalaciones a no negarse a conceder el acceso a las mismas sin justificación. En Dinamarca, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, este concepto se había utilizado por lo que se refiere al puerto de Elseneur y a la red de transporte de electricidad en Sjælland. En Francia, se aplicó este concepto en lo relativo a un helipuerto. Un asunto español, que tenía por objeto el acceso a unos suministros de tabaco, dio lugar a abundantes referencias a la doctrina de las instalaciones básicas, en la forma que la había establecido la Decisión de la Comisión relativa al asunto *Sea Containers/Stena Sealink*.”*

⁸⁵³ En el párrafo 48: *“... Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, no es preciso ya responder a la segunda.”*

⁸⁵⁴ En el párrafo 73, aunque clarifica que esta situación no se da en este asunto, ya que Mediaprint nunca impuso otras condiciones, aunque el tribunal nacional si se planteara la situación hipotéticamente.

dominante a conceder el acceso a su sistema de distribución no es abusiva en sí misma, dicha empresa sin embargo, puede incurrir en un abuso si condiciona, sin justificación, el citado acceso al suministro de otros servicios y de esta forma pretende ampliar su poderío económico en un mercado vecino. No obstante, en las circunstancias del presente caso, una cuestión de esta índole resulta puramente hipotética.”⁸⁵⁵

2.2.7. Afectación a la competencia

Asimismo a partir de la afirmación de que para la Comisión la negativa de suministro por sí sola puede constituir un abuso (en el párr 50), el A.G. se plantea, como hemos visto, a perfilar las condiciones necesarias que han de darse para que así sea. Empieza, en el párr. 51 por referirse al test objetivo, que es uno de los tres requisitos para la aplicación de la EFD/DRE⁸⁵⁶. Ahora bien, cuando se comete un abuso se da una infracción que ha de castigarse bajo el art. 102 si los requisitos de esta disposición se cumplen. Por lo tanto, es necesario examinar la competencia en el mercado. En este sentido, escoge dos sentencias: *Commercial Solvents* y *Magill*⁸⁵⁷, indicando que, aunque en ambos casos se

⁸⁵⁵ Lo que se podría relacionar con los “servicios básicos, complementarios y auxiliares” que se han de ofrecer con el acceso a la infraestructura ferroviaria y que pueden ser esenciales para poder operar los trenes. Ver epígrafe V.3 de este capítulo: *Servicios auxiliares*.

⁸⁵⁶ Al que se vuelve a referir explicándolo/ampliándolo en los párr. 66 y 68. El orden en que se examinen estos requisitos puede ser importante en el método para aplicar la doctrina. También parece ser el orden que usa el TJCE: en el párr. 40 expone que “en la sentencia *Magill*, el Tribunal de Justicia consideró que dichas circunstancias excepcionales estaban constituidas por el hecho de que la negativa controvertida afectaba a un producto (información acerca de los programas semanales de algunas cadenas de televisión) cuya entrega resultaba indispensable para el ejercicio de la actividad en cuestión (edición de una guía general de televisión), ya que, sin la citada entrega, la persona que deseara ofrecer tal guía se hallaba en la imposibilidad de editarla y de ofrecerla en el mercado, que la citada negativa obstaculizaba la aparición de un producto nuevo para el cual había una demanda potencial por parte de los consumidores, que no estaba justificada por consideraciones objetivas y que podía excluir cualquier competencia en el mercado derivado.” Como vemos, empieza examinando la indispensabilidad del recurso que se determina por la imposibilidad de su reproducción, luego que obstaculiza la demanda potencial, que no hay justificación objetiva y la posibilidad de excluir la competencia en el mercado derivado. La sentencia examina a continuación la indispensabilidad en los siguientes párr. 43 a 46. Proponemos un análisis en que, una vez determinada la indispensabilidad de un recurso y por tanto, considerarlo como esencial, podemos examinar la competencia en el mercado y si se ve afectada por la negativa de suministro y por último, analizar si existe una justificación objetiva para dicha negativa.

⁸⁵⁷ Dedicando a esta tarea los párr. 58 a 65. En la primera sentencia en el asunto *Commercial Solvents*, en la cual se condenó la negativa de suministro, critica la decisión tomada por el TJCE, puesto que no puede determinarse un abuso automáticamente, centrándonos únicamente en el poder de mercado que una empresa ostenta en el mercado anterior, por su conducta de reservarse para ella misma el mercado derivado. La razón es porque el objetivo del Derecho de la competencia es proteger las distorsiones de competencia, pero no a los competidores en particular. *Magill* lo defiende como un supuesto distinto por tratarse de un asunto relativo a derechos de propiedad intelectual y como una excepción porque, aunque también se condenó la negativa de contratación, se daban circunstancias excepcionales que justificaban una decisión así, y es que se estaba impidiendo que surgiera un producto nuevo en el mercado. Es importante, además, ponderar el interés que presenta la libre competencia con el esfuerzo y riesgo que

haya considerado un abuso, la razón es porque en el asunto *Commercial Solvents* no se examinó la cuestión apropiadamente, y en el asunto *Magill* porque se dieron unas circunstancias excepcionales. Asimismo, el adoptar tal posición podría tener efectos perjudiciales en el consumidor a largo plazo porque se encarecería la inversión⁸⁵⁸. Es decir, la negativa de suministro o contratación por sí misma no constituye un abuso ni para el A.G. ni para el TJCE.

Ahora bien, la negativa de suministro se considerará abuso cuando el acceso a una instalación suponga un requisito previo para que haya competencia en un mercado similar (vecino) para aquellos bienes o servicios que tengan un grado limitado de intercambiabilidad (parr. 61). La razón de que en esta situación la negativa de suministro constituya un abuso es porque el monopolio que ejerce una empresa dominante sobre un producto, servicio o instalación puede conducir, en determinados casos, a la eliminación permanente de la competencia en un mercado vecino. En tales casos, sólo es posible garantizar la competencia imponiendo a la empresa dominante la obligación bien de suministrar el producto o servicio, bien de conceder el acceso a la instalación (parr. 64).

El A.G. Jacobs no sólo confirma la EFD/DRE con su propia terminología, sino que además añade algo muy importante en el párr. 65 en el sentido de que, en su opinión, la empresa dominante en el mercado primario debe ostentar también un poder importante en el mercado vecino (aunque este punto es polémico en la doctrina). Dice así: *“Me parece que una intervención de esta índole, tanto si es entendida como una aplicación de la doctrina de las instalaciones básica o, en términos más tradicionales, como una respuesta a la negativa a suministrar bienes o servicios, no puede justificarse, en el ámbito de la política de la competencia, más que en aquellos casos en los que la empresa dominante disponga de un verdadero poder sobre el mercado vecino. Por citar un ejemplo, podría suceder esto cuando sea imposible o en extremo difícil reproducir la instalación en razón de las exigencias físicas, geopolíticas o legales, o cuando la citada reproducción no sea del todo deseable por razones de orden público. No es suficiente que el control que ejerce la empresa*

suponen las grandes inversiones en interés del consumidor, al que a largo plazo beneficiaran la investigación y el desarrollo así como la creatividad. Por todo ello, en el párrafo 62, concluye el A.G.: *“Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declaró con razón que, a falta de otros factores, una negativa a conceder una licencia no constituía, en sí misma, un abuso.”*

⁸⁵⁸ Una de las grandes reticencias a adoptar la EFD/DRE es la desincentivación de la inversión, puesto que la empresa dominante se verá forzada a compartir los frutos de su esfuerzo con sus competidores. Ahora bien, como pone de manifiesto RITTER, C., (pp. 1, 14, 16), los detractores de la EFD/DRE por razón de su desincentivación de la inversión y la innovación no aportan argumentos en apoyo de esta opinión, lo que hace necesario análisis más rigurosos sobre la cuestión.

sobre la instalación le confiera un ventaja en cuanto a la competencia.”

Para RITTER, C. “debe haber un problema de competencia seria en el mercado derivado”. Por lo que conforme al párr. 34 de las Conclusiones del AG puede establecerse una definición para la EFD/DRE, así: *”Según esta doctrina, una sociedad que ostenta una posición dominante en la concesión de instalaciones⁸⁵⁹ que son esenciales para el suministro de bienes o servicios en otro mercado abusa de su posición dominante cuando se niega a dar acceso a dichas instalaciones, sin una justificación objetiva. De esta forma, en determinados casos, una empresa dominante, no sólo se halla obligada a abstenerse de todo comportamiento contrario a la competencia, sino que además debe promover activamente la competencia, dando acceso a sus posibles competidores a unas instalaciones que ella haya desarrollado.”*

2.2.8. El A.G. analiza la práctica americana respecto a la EFD/DRE

Si el A.G. dedica algunos de los párrafos de sus Conclusiones a la valoración del Derecho antitrust norteamericano en relación con la aplicación de la EFD/DRE es porque no lo considera una cuestión baladí. Ciertamente, el origen de la doctrina en la UE está basado en una adaptación de la EFD/DRE al marco de los objetivos, principios y método del Derecho de la Competencia UE. Sin embargo, las características propias del Derecho antitrust USA están grabadas en la EFD/DRE, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de adoptarse e implementar adecuadamente (salvando distancias y diferencias) la doctrina referida en la UE.

Con el fin último de responder a la cuestión del abuso⁸⁶⁰, clave del procedimiento, el A.G. en el párrafo 45, volviendo a nombrar expresamente la EFD/DRE (que, en cambio, no hace el TJCE), afirma que la Comisión reconoce su existencia porque la usa en sus Decisiones e indica su origen americano: *“Algunos comentaristas han visto en las sentencias Telemarketing y, sobre todo, Magill que el Tribunal de Justicia se había sumado a la doctrina de las «essential facilities» a la que la Comisión recurre cada vez más en sus*

⁸⁵⁹ Nótese que no dice que ostente una posición dominante en un *mercado* (como requiere el art. 102 TFUE), ni tampoco que ostente una posición dominante en una *instalación esencial*, sino que habla de posición de dominio en la *concesión de una instalación que es esencial* para el suministro. Lógicamente se deduce que la posición de dominio viene determinada por el poder de conceder o no acceso al suministro, y esa libertad de conceder el acceso se verá limitada si dicho acceso es esencial. Y luego *continúa* “en otro mercado”, luego parece que el mercado primario es la concesión de instalaciones esenciales para el suministro de bienes o servicios, lo que haría entonces coincidir el mercado primario con la instalación esencial, lo que no siempre ocurrirá.

⁸⁶⁰ Como hemos visto planteada en el párr. 39.

Decisiones. Ya que esta doctrina tiene sus orígenes en la legislación antitrust de los Estados Unidos,...”

Con el fin de encontrar alguna pauta en la resolución de la cuestión planteada del párr. 39 y que guía toda su argumentación, el A.G. procede a examinar la práctica americana respecto a la EFD/DRE reflejando cuatro aspectos⁸⁶¹:

- Parte de un principio general por el que en el Derecho de los Estados Unidos ciertamente la libertad de contratar o dejar de contratar es considerada como un aspecto fundamental de la libertad comercial.
- Compara el objetivo de la legislación antitrust americana, respecto al poder de monopolio contenida en la sección 2 de la Sherman Act 1890, que pretende más bien proteger la competencia prohibiendo la adquisición o el mantenimiento de un poder monopolístico, en contraste con lo que resulta de la legislación comunitaria, que acaba por regular las actuaciones de las entidades que ostentan una posición dominante⁸⁶² (de este modo, se denomina posición dominante en la terminología comunitaria).
- Indica que los órganos jurisdiccionales americanos han afirmado que, frente a esa libertad de contratación, existe una obligación de contratar o de garantizar el acceso en tres supuestos:
 - a) en los supuestos de la aplicación de la doctrina de las «essential facilities» o
 - b) cuando una empresa ejerce en un mercado un poder monopolístico para dominar otro mercado por unos medios contrarios a la competencia («leveraging» o apalancamiento de mercados) o
 - c) cuando una negativa a contratar tiene por objeto eliminar la competencia y crear un monopolio (monopolización o intento de monopolización).
- La justificación del monopolista basada en razones de negocio o comerciales puede alegarse para admitirse la negativa a contratar cuando su intención se limite a elegir por razones comerciales los clientes de la sociedad o a mejorar la eficacia⁸⁶³. Su negativa no

⁸⁶¹ Véanse en el párr. 46.

⁸⁶² Es decir, con “regular” se está refiriendo a que la empresas dominantes tienen un deber cualificado de contratar/suministrar y, en tal caso, se habrán de determinar los términos de acceso. De hecho, es lo que hacen las Directivas cuando se ha liberalizado un determinado sector económico en la UE.

⁸⁶³ Las razones comerciales o de negocio como justificación objetiva de la negativa de acceso por el monopolista es una justificación que es menos aceptada en la Jurisprudencia europea, - más aceptada como justificación por la Jurisprudencia americana-? Otras justificaciones mucho más comunes serían por razones de capacidad, técnicas, legales, la existencia de derechos de

será lícita si conduce a limitar la competencia y a aumentar los precios, o si disminuye de cualquier otra forma la calidad del servicio o de los bienes en relación el precio facturado al consumidor.

Por último, en el párr. 47 expone los cinco requisitos que “la doctrina americana de las instalaciones básicas” exige en la actualidad de una empresa que ostenta un poder monopolístico cuando contrate con un competidor⁸⁶⁴.

2.2.9. Posibles clasificaciones en torno a la EFD/DRE

El A. G., en el párrafo 50, en su análisis sobre la cuestión antes planteada (i.e. si la negativa de suministro por sí sola puede constituir un abuso)⁸⁶⁵, vuelve a hacer una clasificación de los supuestos en los que puede darse la EFD⁸⁶⁶, añadiendo esta vez

autor (párr. 40) o que se desincentivaría la inversión (párr. 57), especialmente cuando examina el asunto *Commercial Solvents* (párr. 45: “no podía cesar de suministrar... por el simple motivo de haber decidido dedicarse él mismo –monopolista– a la producción del derivado”). Véase además KEZSBOM, A. y GOLDMAN, A.V. “No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the ‘Essential Facilities’ Doctrine,” 1996 (vol. 1) *Columbia Business Law Review*, pág. 145. Para estos autores, el análisis de la justificación de la pretensión de proteger su propio negocio sustituye la necesidad de probar la intención anticompetitiva por parte de la empresa monopolista. Dejando de lado aquí los casos de leveraging en que el monopolio integrado intenta extender su poder de mercado a otro mercado porque la prueba se circunscribe a los cuatro requisitos de la jurisprudencia americana exigidos para la DRE/EFD, haya un intento o no de monopolización del mercado derivado, este supuesto ya se recoge en la Secc. 2 del Sherman Act. Pero ¿qué pasa cuando no hay leveraging? Un monopolio legal no tiene por que compartir sus recursos con sus competidores sin que ello constituya una conducta anticompetitiva, siempre que esté ausente cualquier intento de crear o mantener un poder de monopolio (ilegal). Si ya hay monopolio, la competencia ya está limitada, y por tanto solo se necesitara la prueba de la intención de monopolización (el intento de monopolización sólo está presente en la legislación americana, de hecho no está recogido en el art. 102 TFUE). Pero cuando la empresa no está integrada (ya sea horizontalmente en forma de conglomerado o verticalmente) no habrá *leveraging*. Entonces se ha de probar la intención (excluyente) de eliminar la competencia en un mercado, ya sea el mismo mercado en el que se encuentra el monopolista u otro. Ahora bien, la intención de excluir rivales ya es intrínseca en la misma conducta de negativa; es el acto y no la intención lo que cuenta para ver si la conducta cae dentro de los efectos indebidos de monopolización. Y por ello, solo será importante la intención en los medios (indebidos) elegidos para excluir. Por tal razón, el análisis de la justificación que se de a la negativa de acceso permite sustituir el análisis de si existe una intención impropia: si se trata de una posición dominante adquirida por méritos propios o si la conducta del monopolio refleja algo más que lo necesario para ser permisible. El monopolista solo tendría que probar su superior eficiencia. De este modo, el análisis de la justificación comercial o de negocio de la empresa sustituye la necesidad de probar la intención anticompetitiva. Continúan los autores: ahora bien, los tribunales no aceptan automáticamente toda causa de “economic self-interest” como una justificación legítima para la negativa de acceso. “La promoción únicamente del interés propio no trae consigo la regla de la razón para inmunizar lo que de otro modo sería una conducta ilegal”.

⁸⁶⁴ Vistos en este capítulo en el epígrafe III.1.1) en el Derecho antitrust USA.

⁸⁶⁵ Ha hecho un repaso de la Jurisprudencia del TJCE relevante (párr. 35 a 43), de la práctica de la Comisión (párr. 44 y 48 a 52), y ha examinado la legislación antitrust americana, su jurisprudencia y su doctrina (párr. 45 a 47).

⁸⁶⁶

Clasificación que ya realiza en los párr. 39 y 43. Asimismo, es un análisis que hace con el fin de

“actuar conscientemente con objeto de perjudicar a un competidor”⁸⁶⁷. También indica que una instalación esencial puede ser física, o quizá sea más adecuado decir, tangible, o puede constituir un *input* o insumo al que se necesita acceso.

Ahora bien, el acceso es determinante, lo que implica dos planos o actividades (que a veces coinciden con dos mercados), y que por lo tanto, entre ambos planos o actividades puede establecerse una relación vertical y también una relación horizontal. Dice así este parr. 50: *“Por lo tanto, resulta evidente que la Comisión estima que negar a un competidor el acceso a una instalación básica puede, en sí mismo, constituir un abuso, incluso a falta de otros factores, como el hecho de vincular las ventas, de incurrir en una discriminación contra otro competidor independiente, de interrumpir los suministros a unos clientes existentes o de actuar conscientemente con objeto de perjudicar a un competidor (sin embargo, se observará que un número de asuntos que ha examinado presentan, en mayor o menor medida, dichos factores suplementarios). Una instalación básica puede ser un producto como una materia primera o un servicio, el cual puede consistir también en dar acceso a un lugar como un puerto o un aeropuerto, o a un sistema de distribución como es el caso de una red de telecomunicaciones. En muchos casos, la relación es vertical, en el sentido de que la empresa dominante reserva el producto o el servicio a las actividades que ella misma ejerce posteriormente, o bien incurre en una discriminación en su favor, en detrimento de los competidores presentes en el mercado final. Sin embargo, puede asimismo ser horizontal al adoptar la forma de un acoplamiento de ventas referentes a*

esclarecer si la DRE/EFD puede darse por sí misma, independientemente de estos factores, aunque también ha dicho en este mismo párr. 50 que puede darse la DRE/EFD en conjunción con estos factores (o figuras). Nótese, sin embargo, que en su repaso de la jurisprudencia americana en el párr. 46 lista la EFD independientemente de las otras figuras de leveraging o cuando una negativa a contratar tiene por objeto eliminar la competencia y crear un monopolio.

⁸⁶⁷ Lo que nos recuerda al supuesto “cuando una negativa a contratar tiene por objeto eliminar la competencia y crear un monopolio”, que recoge el A.G. en el parr. 46 a propósito de su análisis de la práctica por parte de los órganos jurisdiccionales americanos. No olvidemos que el intento de monopolización se castiga en la Sec. 2 de la Sherman Act, mientras que no se recoge en el art. 102 TFUE. Este punto nos llevará en el cap. V en el epígrafe de la “Categorización de la EFD/DRE” a analizar con Hancher, L. – “Case Law: Court of Justice (Oscar Bronner v. Mediaprint)”, CMLR 36, 1999, pp. 1289-1307; EILMANSBERGER, T.: “How to distinguish good from bad competition under art. 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anticompetitive abuses”, CMLR 42 (1), febrero 2005, pp. 129-177; y KEZSBOM, A. y GOLDMAN, A.V. “No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the ‘Essential Facilities’ Doctrine,” 1996 (vol. 1) *Columbia Business Law Review* 145, el test de intención y los abusos que afectan a la estructura de mercado. Baste decir ahora con VENIT, J.S. and KALLAUGHER, J.J. en “Essential Facilities: A Comparative Law Approach” in *Fordham Corporate Law Institute*, pp. 315-344, que en USA los casos de “Essential facilities” son una subcategoría de la negativa de suministro, siendo los otros tipos casos de “intención” y “monopoly leveraging” (apalancamiento). En su opinión, los casos de *essential facilities* y *monopoly leveraging* se distinguen porque no se da en ellos intento de monopolización, y entre ellos dos se distinguen por el grado de poder de mercado de la empresa integrada en el mercado derivado. VENIT, J.S. y KALLAUGHER, J.J. “Essential Facilities: A Comparative Law Approach” in *Fordham Corporate Law Institute*, pp. 315-344.

unos productos o servicios similares, si bien distintos.”

Esta ultima figura del acoplamiento de ventas a la que se refiere el A.G en el párrafo anterior, que engloba dentro de la EFD/DRE, es conocida como *tying* o ventas anudadas. Es muy interesante que englobe también las relaciones horizontales dentro de la EFD, que únicamente se dan entre competidores, por lo que, en este último caso, para seguir en el marco del art. 102 TFUE solo podrá tratarse de una posición dominante colectiva. En contraste con las relaciones verticales, que siempre tienen un componente de dependencia económica, (al tratarse de una relación vertical) y que además se exige para que puedan tratarse bajo el art. 102 que la relación también se dé entre competidores⁸⁶⁸. En consecuencia, siempre que hay una relación vertical inevitablemente se da una situación de dependencia económica⁸⁶⁹, que será absoluta (en vez de relativa⁸⁷⁰), para

⁸⁶⁸ Es decir, que el cliente o suministrador es también competidor para que la relación se defina como vertical.

⁸⁶⁹ DIEZ ESTELLA, F.: “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las “essential facilities”. Revista de Derecho Mercantil nº 248 (2003) pp. 555-604, dice que “en todo caso de essential facilities hay implícita una conducta abusiva en mercados conexos, pero no en toda conducta abusiva en mercados conexos se da un caso de essential facilities. Pero es necesario distinguir ambos supuestos...”. Ciertamente en toda relación vertical hay una situación de dependencia económica, pero no se debe reducir la EFD/DRE en todo caso a situaciones de apalancamiento de mercados o leveraging, es decir, la figura del leveraging o apalancamiento englobaría la EFD/DRE y otros supuestos puros de leveraging. Son dos figuras distintas que, en muchos casos se solapan cuando determinado un recurso esencial sé de un apalancamiento. De hecho, el asunto Bronner ha sido criticado por HANCHER, L. – “Case Law: Court of Justice (Oscar Bronner v. Mediaprint), CMLR 36, 1999, p. 1305, porque no propugna un enfoque basado en la EFD, ya que en realidad no es un caso de recursos esenciales en sentido estricto, sino un caso de apalancamiento (monopoly leveraging). De este modo, el autor dice que el Asunto Bronner falla en dar respuesta a una cuestión clave: ¿tiene un deber de contratar/suministrar un monopolista no-integrado (separado verticalmente) que no tiene competidores que excluir de su propio mercado o de uno relacionado? ¿Tiene el monopolista la obligación de contratar o suministrar en las mismas condiciones con todos los nuevos competidores potenciales que entren al mercado? ¿Tiene el Derecho de la competencia en estos casos una función o se debería dejar el problema de controlar a un monopolista separado al ámbito de la regulación? También plantea otra cuestión: hay sitio para la DRE/EFD si no se trata de monopoly leveraging? Continúa diciendo que el A.G. Jacobs no parece hacer una distinción, enlazando la DRE/EFD tanto a los casos de monopoly leveraging como a los de intención excluyente. Puede ser que se acoja a la visión de que la DRE/EFD es únicamente una variante de los enfoques clásicos, y no un concepto independiente que pueda ser aplicado a las empresas no integradas verticalmente. Ejemplifica este autor que en las decisiones de la Comisión anteriores a Bronner hay poca guía en el enfoque correcto para casos de monopolios separados verticalmente. La Comisión ha tratado estos asuntos mayormente como de monopoly leveraging. En ausencia de un mercado derivado que monopolizar por la empresa que domina el mercado primario, la Comisión se ha visto inclinada a crear un mercado derivado, como en la Decisión European Night Services (a la que me referiré más adelante). La decisión fue anulada por el TPI, entre otras razones, porque no pudo encontrar argumentos convincentes de que existieran dos mercados: uno de servicio de pasajeros de tren y otro de operadores de transporte. Puede muy bien suceder que el monopolista separado verticalmente opere un recurso que, por las razones del párr. 68 de las Conclusiones del A.G. de no duplicación del recurso, surja un deber de acceso a los nuevos competidores, aunque no es un deber absoluto, pues ha de ser matizado por razones legítimas como la protección de su propio negocio.

poder aplicar el art. 102.

Por su lado, parece entonces muy acertado que RIDYARD hable de actividades más que de mercados, y dice que “la situación de mercado subyacente en la problemática de los recursos esenciales es aquella que implica dos actividades relacionadas, formando ambas componentes del producto que compra el consumidor final. Se caracteriza a estos dos componentes como actividades primaria y secundaria, como por ej. la fabricación y distribución de un producto”⁸⁷¹.

2.3. La Jurisprudencia comunitaria sobre la DRE/EFD tras el asunto *Bronner*

8) El asunto *NDC Health/IMS Health* de 2001 confirma la importancia de la protección de la competencia potencial ⁸⁷²

En el asunto *NDC Health/IMS Health*⁸⁷³, IMS era la dueña de una patente sobre un formato específico de base de datos basada en la cartografía del territorio alemán. IMS suministraba a los laboratorios farmacéuticos estudios sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en Alemania, ordenadas de acuerdo con estructuras de segmentos o bloques basadas en el formato de base de datos mencionado. Desde enero de 2000 IMS facilita sus estudios sobre la base de una estructura que contiene 1.860

⁸⁷⁰ Al respecto véase el cap. III, epígrafe IV-4: *Dependencia económica o Posición de Dominio Relativa*.

⁸⁷¹ En RIDYARD, D.: “Essential facilities and obligations to supply competitors under UK and EC Law”, ECLR, n° 8, 1996, pp. 439. También así el Abogado General en *Bronner*, cuando en el párr. 42 de sus Conclusiones, citando a Magill expresamente recoge: “... si se refiere a un producto o servicio que es esencial para el ejercicio de la actividad de que se trata,...”. Por su parte, Sally Van Siclen dice que la Decisión de la Comisión en *Sealink* se refiere a “una empresa que ocupa una posición dominante en la provisión de una instalación esencial [remarco ‘instalación esencial’]”. Si esto implica que un recurso esencial es, por definición, un mercado no está claro. OECD: “The essential facilities concept” – Roundtables on competition policy, OECD Secretariat, Organisation for Economic Co-operation and Development, OCDE/GD (96)113, Paris 1996, pág. 12.

⁸⁷² Véase al respecto sobre este asunto GLAZER, K. “The IMS Health Case: A U.S. Perspective”, *GEO. MASON L. REV.* 13 pág. 1197 (2006); REICHENBERGER, M. J. “The Role of Compulsory Licensing in Unilateral Refusals to Deal: Have the United States and European Approaches Grown Further Apart After IMS?”, *J. CORP. L.*, n. 31, pág. 549 (2006); EILMANSBERGER, T. “The Essential Facilities Doctrine under Article 82: What is the State of Affairs After *IMS Health and Microsoft*”, *KING'S COLL. L.J.*, 16, pág. 329 (2005); AHLBORN C. y otros, “The Logic and Limits of the “Exceptional Circumstances Test” in *Magill and IMS Health*”, *FORTHAM INT'L L.J.*, n. 28, pág. 1109 (2005); GITTER, D.M. “Strong Medicine for Competition Ills: The Judgement of the European Court of Justice in the *IMS Health* Action and its Implications for Microsoft Corporation”, *DUKE J. COMP. & INT'L L.*, n. 15, 153 (2004); EVRARD, S. J. “Essential Facilities in the European Union: *Bronner* and Beyond”, *COLUM. J. EUR. L.* 10, 491 (2004); FINE, F., “NDC/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine”, *EUR. COMP. L. Rev.*, n. 23 pág. 457 (2002).

⁸⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004, asunto C-418/01 *IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG*, Rec. 2004, pag. I-5039.

segmentos o de una estructura derivada de la anterior que contiene 2.847 segmentos, cada uno de los cuales corresponde a una zona geográfica determinada. Sus competidoras pidieron una licencia sobre este formato a IMS para poder entrar en el mercado de venta de datos farmacéuticos, a lo que IMS se negó. Sin embargo, las empresas competidoras NDC y AnZyx empezaron a producir una base de datos con un formato ligeramente modificado, lo que indujo a IMS a denunciarlas por violación de un derecho de propiedad intelectual y consiguiendo que se les prohibiera su utilización. Al mismo tiempo, el tribunal de distrito de Frankfurt planteó una cuestión prejudicial al TJCE sobre la aplicación del art. 82 TCE. La empresa NDC, por su parte, se quejó a la Comisión, que ordenó a IMS que concediera una licencia a todas las empresas que operaban en el mercado alemán de servicios de datos de ventas regionales para el uso de la estructura de 1.860 bloques. Dicha medida⁸⁷⁴ fue motivada por la existencia de «circunstancias excepcionales», ya que la Comisión consideró que la estructura de 1.860 segmentos creada por IMS se había convertido en la norma estándar en el mercado pertinente. IMS apeló al TPI consiguiendo que la Decisión de la Comisión fuera suspendida sobre la base de que existían sustitutos actuales y potenciales del formato objeto de copyright, y por tanto, aduciendo que el acceso no era indispensable. El TPI dijo que, al contrario que el asunto *Magill*, IMS no buscaba evitar la emergencia de un nuevo producto, sino de nuevos competidores con el mismo producto. La Comisión más tarde retiró su Decisión⁸⁷⁵, puesto que el tribunal regional superior de Frankfurt permitió a terceras empresas desarrollar una estructura similar a la patentada por IMS.

Los puntos más contenciosos de esta sentencia fueron dos:

- Primero, el Tribunal no exigió en este caso el requisito de que con la conducta abusiva se pudiera evitar la aparición de un nuevo producto (como en *Magill*)⁸⁷⁶.
- Y en segundo lugar, no parecía tratarse de una situación de apalancamiento de mercados (*leveraging*) porque sólo había, discutiblemente, un mercado⁸⁷⁷. Por ello,

⁸⁷⁴ Decisión de la Comisión 2002/165/CE, de 3 de julio de 2001, *NDC Health/IMS: Medidas cautelares* [2002] DO L59/18, (2002) 4 CMLR 111.

⁸⁷⁵ Por Decisión 2003/741/CE, de 13 de agosto de 2003, *relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE*.

⁸⁷⁶ Respecto al primer punto, en la Decisión de 2001 de medidas cautelares, en su apartado 180, la Comisión consideró que se daban "circunstancias excepcionales" en este caso en el sentido del enfoque utilizado por el TJCE en *Magill* en relación con los asuntos *Ladbroke y Bronner*. Pero también indicó que la sentencia en el asunto *Ladbroke* había aclarado que, para que la negativa de suministro constituyera un abuso, no era necesario que impidiera la introducción de un nuevo producto.

⁸⁷⁷ Sobre el segundo argumento, IMS alegó que no se trataba de un recurso esencial puesto que no existía un segundo mercado relacionado en el que restringir la competencia. La Comisión en esta Decisión cautelar de 2001 consideró que el hecho de que los asuntos considerados por el TJCE y TPI y citados por IMS impliquen dos mercados, no excluye la posibilidad de que una

la Comisión parecía exigir a IMS que ayudara a un competidor (en un plano horizontal) a competir con él en el mercado relevante y compartir su ventaja competitiva. Además, no existía ninguna alegación de que IMS estuviera implicada en otra conducta abusiva aparte de la denegación de licencia⁸⁷⁸.

Por tanto, en este caso la Comisión aplicó los requisitos esgrimidos por el TJCE en el asunto *Bronner*, si bien porque se daban *circunstancias excepcionales* que limitaban la exclusividad garantizada por los derechos de propiedad intelectual.

Por su parte, el TJCE falló en abril de 2004 en base a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal alemán, siguiendo, en suma, la opinión del AG Tizzano. Respecto a la necesidad de la existencia de dos mercados, el TJCE exigió que el abuso afectase al desarrollo de un mercado secundario⁸⁷⁹. Para no romper con la aplicación de su jurisprudencia anterior⁸⁸⁰, indicó que “*basta que pueda determinarse un mercado potencial, incluso hipotético. Sucede así cuando los productos o servicios son indispensables para desarrollar una actividad determinada y existe una demanda efectiva de ellos por parte de las empresas que pretenden desempeñar la actividad para la que son indispensables. De ello se deduce que es decisivo que puedan determinarse dos fases de producción distintas, que están relacionadas entre sí porque el producto anterior es un elemento indispensable para suministrar el producto derivado. Trasladado a los hechos del asunto principal, dicho planteamiento obliga a analizar si la estructura de 1.860 segmentos constituye, en la fase anterior, un elemento indispensable para suministrar, en la fase*

negativa de conceder la licencia sobre un derecho de propiedad intelectual pueda ser contraria al artículo 82. En el asunto *Magill*, la información básica sobre programas de televisión se consideró información indispensable para permitir a una empresa competir en un mercado posterior (el de revistas de programación televisiva). Las circunstancias son similares en este caso, en la medida en que el uso de la estructura de 1860 segmentos es indispensable para permitir a las empresas competir en el mercado de servicios de datos de ventas regionales en Alemania. Es decir, distingue entre el producto, que son los servicios de datos de ventas regionales, y la estructura de bloques o input en la que están organizados los datos utilizados para crear estos servicios.

⁸⁷⁸ JONES y SUFRIN, pág. 564.

⁸⁷⁹ El párr. 48 dice: “*El primer requisito, relativo a la aparición de un producto nuevo, responde a la consideración de que, en la ponderación del interés relativo a la protección del derecho de propiedad intelectual y a la libre iniciativa económica de su titular, por una parte, y el interés en la protección de la libre competencia, por otra, éste sólo puede prevalecer si la negativa a otorgar una licencia impide el desarrollo del mercado derivado en perjuicio de los consumidores.*”

⁸⁸⁰ El párr. 42 dice, analizando el caso *Bronner*: “*De este modo, para la apreciación del carácter abusivo de una negativa a conceder el acceso a un producto o a un servicio indispensable para desarrollar una actividad determinada, el Tribunal de Justicia consideró pertinente distinguir entre un mercado anterior, constituido por dicho producto o dicho servicio, en ese caso, el mercado del servicio de reparto a domicilio de diarios, y un mercado (derivado) posterior, en el que el producto o el servicio de que se trate se utiliza para la producción de otro producto o la prestación de otro servicio, en ese caso, el mercado de los propios diarios.*”

*posterior, datos sobre las ventas de productos farmacéuticos en Alemania.*⁸⁸¹”

Es discutible que al decir que es una cuestión de si dos estados de producción pueden identificarse, el TJCE está abandonando el requisito de los dos mercados, ya que considera que es suficiente con que existan dos productos o servicios. La cuestión que se plantea entonces es cómo de hipotético puede ser el mercado del input. El mercado primario en este caso es muy artificial, ya que IMS desarrolló la estructura de bloques sólo con el fin de producir sus propios informes de ventas, no había intento de monopolización o apalancamiento a un segundo mercado. Es diferente al asunto *Magill* en que los listados de televisión existían como un subproducto de las actividades de transmisión⁸⁸², las cuales habrían existido de todos modos hubieran o no publicado sus propios listados individuales las cadenas de televisión. Por tanto, en IMS no se trataba de una cuestión de monopolización o de *leveraging* porque IMS no estaba extendiendo su poder de dominio de un mercado primario a otro derivado. Sin embargo, el TJCE no pareció exigir el *leveraging* como requisito de la denegación de suministro en este asunto. A más abundamiento, en contraste con la Jurisprudencia americana, la Comisión impone incluso que la empresa comercialice o licencie un producto que no está ofreciendo en el mercado (la estructura o formato de datos), lo que pone en evidencia una vez más que no existían dos mercados reales. Es además, una cuestión muy significativa, porque ¿hasta qué punto se puede obligar a una empresa no solo a que garantice el acceso de un competidor a una actividad o input que comercializa, sino también a una actividad o input que no comercializa?

Pues bien, el TJCE divide la respuesta que da a la cuestión prejudicial en dos partes, las cuales el tribunal alemán nacional tendrá que valorar:

- “Para el examen del carácter eventualmente abusivo de la negativa de una empresa que ocupa una posición dominante... son elementos, que deben ser tomados en consideración para determinar si la estructura protegida es indispensable para la comercialización de estudios de esta naturaleza.”
- Establece que para considerar la denegación abusiva se han de dar tres requisitos acumulativos⁸⁸³: 1) que la empresa que ha solicitado la licencia pretenda ofrecer,

⁸⁸¹ Véanse los párr. 44 a 46.

⁸⁸² Los listados no pueden existir sin la actividad de retransmisión, pero si se da una actividad de retransmisión es inevitable que surjan los listados de programación.

⁸⁸³ Los mismos requisitos que en el asunto *Magill*.

en el mercado del suministro de datos de que se trata, productos o servicios nuevos que el titular del derecho de propiedad intelectual no ofrece y para los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores; 2) que la negativa no esté justificada por consideraciones objetivas; y, 3) la negativa pueda reservar a la empresa titular del derecho de propiedad intelectual el mercado del suministro de datos sobre ventas de productos farmacéuticos en el Estado miembro de que se trate, excluyendo toda competencia sobre éste.

Si había alguna duda respecto a la existencia de la EFD/DRE en el Derecho UE de la Competencia no cabe tal planteamiento después del asunto *IMS c/ NDC*. Y ello porque, en primer lugar, el TJCE empezó su resolución y basó el enjuiciamiento entero en la premisa de que ‘el uso de la estructura de 1860 bloques es *indispensable* para permitir a un competidor potencial tener acceso al mercado’. En segundo lugar, el TJCE reformuló la segunda y tercera cuestiones del tribunal alemán del siguiente modo⁸⁸⁴: mientras que las cuestiones prejudiciales tenían como objeto determinar si la participación de empresas farmacéuticas en la definición de la estructura protegida y sus esfuerzos eventuales para adaptarse a cualquier estructura alternativa, rendían la denegación de *IMS abusiva*, el TJCE en cambio valoró si estos elementos hacían la estructura protegida *esencial*. Únicamente porque se decidiera que estos elementos eran ‘indispensables’ para los competidores, la negativa de *IMS* podría valorarse como abusiva.

Desde un punto de vista sustantivo la decisión del TJCE en *IMS Health* es importante por dos razones:

- Primero, continúa explicando algunas de las condiciones ‘excepcionales’ de Magill y especialmente, la negativa de otorgar licencia a los competidores es únicamente abusiva cuando tales competidores desean poner en el mercado ‘productos nuevos o servicios no ofrecidos por el dueño del copyright y para los que existe una demanda potencial’.
- En segundo lugar, da una respuesta (imperfecta) a uno de los principales interrogantes teóricos ligados con el alcance de la doctrina de las ‘*essential facilities*’: ¿debe haber una distinción clara entre el mercado del recurso, en el que el dueño es dominante, por un lado, y el mercado derivado (primario o secundario) en el que los competidores competirán usando el recurso, por otro?

Como es habitual en estas resoluciones se plantean cuestiones muy significativas que

⁸⁸⁴ En el párr. 30.

quedan sobre la mesa, pero que a las que los Tribunales de la UE no entran o sobre las que no se decantan clara y definitivamente.

9) En el asunto MICROSOFT de 2004 se flexibiliza el requisito de la eliminacion de competencia en el mercado⁸⁸⁵

A) La Decisión de la Comisión⁸⁸⁶

El 23 de Marzo 2004 la Comisión adoptó una decisión a raíz de la investigación que empezó en 1998 por la reclamación de la empresa Sun Microsystems contra Microsoft porque esta última se negaba a revelar información sobre interfaces⁸⁸⁷, que le permitiera crear un sistema operativo para servidores de grupos de trabajo compatible con el de Microsoft. La Comisión decidió que Microsoft había infringido el art. 102 TFUE por abuso de su posición dominante en razón a dos tipos de conducta⁸⁸⁸.

El primer tipo de conducta denunciada, como hemos mencionado en el párrafo anterior, consistía en la negativa de suministro de información sobre interoperabilidad y de la autorización de su uso para el desarrollo y distribución de productos relacionados con sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, desde octubre de 1998 hasta la fecha de la Decisión. La medida adoptada ordenaba a Microsoft que revelara la información relativa únicamente a las especificaciones de protocolos, -no la fuente de su código - y a garantizar la interoperabilidad con las funciones esenciales que suelen caracterizar a las redes de grupos de trabajo. Las condiciones bajo las cuales Microsoft debía revelar la información y permitir su uso debían ser razonables y no discriminatorias, incluida, en particular, cualquier retribución que Microsoft pudiera

⁸⁸⁵ Decisión 2007/53/CE de la Comisión de 24 de mayo de 2006, que es un resumen que se puede ver en las diferentes lenguas de la Decisión original, larguísima, de 24 Marzo 2004, contra Microsoft Corporation, (COMP/C-3/37.792, 21.4.2004, C (2004) 900 final), *DO L 32 de 6.2.2007*, p. 23/28. Esta Decisión fue adoptada un mes antes que la sentencia del TJCE en el asunto IMS. La Decisión de la Comisión fue recurrida ante el TPI, sentencia de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, *Microsoft Corp. c/ Comisión*, Rec. 2007 página II-03601.

⁸⁸⁶ Si bien tanto USA como la UE alcanzaron conclusiones similares en sus casos contra Microsoft, la UE fue más lejos en los remedios de obligación de acceso. Puede compararse *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), and Final Judgment, *United States v. Microsoft Corp.*, Civil Action No. 98-1232 (CKK) (D.D.C. Nov. 12, 2002) (consent decree), *disponible en* <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200400/200457.htm>, con la Decisión de la Comisión Europea citada en nota a pie anterior.

⁸⁸⁷ Es decir, información acerca de los programas y sistemas de otros fabricantes con los que la empresa en cuestión quiere que sus productos sean compatibles e interoperables.

⁸⁸⁸ Asimismo le impuso una multa histórica de 497 millones de euros.

exigir por la información facilitada⁸⁸⁹.

El segundo tipo de conducta estaba relacionado con que Microsoft condicionaba la posibilidad de disponer del sistema operativo Windows para ordenadores personales a la adquisición simultánea del Reproductor de Windows Media (RWM), por tanto, afectando a la competencia en el mercado de reproductores multimedia. Se trata un de abuso por vinculación de productos (*tying*), por lo que la Decisión ordenaba a Microsoft que ofreciera a los usuarios finales y a los fabricantes de equipos originales, para su venta en el EEE, una versión de Windows en perfecto estado de funcionamiento y que no incluyera el RWM, conservando Microsoft el derecho de ofrecer aparte un producto único que reuniera Windows y el RWM⁸⁹⁰.

Por tanto, aquí se distinguen tres mercados: mercado de sistemas operativos para ordenadores personales, el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo y el mercado de reproductores multimedia. En la Decisión se dice que Microsoft reconocía que ocupaba una posición dominante en el mercado de sistemas operativos para ordenadores personales. Dicha posición se caracterizaba por cuotas de mercado que venían manteniéndose en un nivel muy alto al menos desde 1996 (en más del 90 % en los últimos años) y por la presencia de barreras de entrada muy importantes. Además, Microsoft había alcanzado una posición dominante en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, poseyendo con diferencia la mayor cuota de mercado, superior al 50 % según todos los criterios de medida y situada en una franja del 60 al 75 %, junto con la existencia de barreras de entrada⁸⁹¹.

La Comisión estimó que “existe un riesgo de eliminación de la competencia en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo” debido al hecho de que “la cuota de mercado de Microsoft ha ascendido rápidamente hasta una posición dominante en el mercado relevante” (párr. 781 de la decisión). Continúa diciendo la Comisión que la investigación también ha aportado evidencia que establece un enlace causal entre la evolución del mercado y la ventaja de interoperabilidad disfrutada por Microsoft. Además, no existe sustituto actual o potencial para la divulgación por Microsoft de

⁸⁸⁹ Véase JONES y SUFRIN, pp. 571 a 574.

⁸⁹⁰ Véase JONES y SUFRIN pp. 522 a 524.

⁸⁹¹ En los apartados 15 a 17. Sobre la importancia de las barreras de entrada a un mercado, véase en el cap. III de este trabajo, el epígrafe IV- 3.2, apartado C) Barreras a la entrada y a la expansión.

información sobre su interfaz.⁸⁹²

Todo lo cual condujo así a que la Comisión adoptara “*por el conjunto de la situación examinada, un enfoque más abierto en que se reserva el derecho a considerar los costes y beneficios de la imposición de acceso, dados los hechos del caso*”. Consecuentemente, la Comisión parece ir más allá de las “circunstancias excepcionales” del caso *Magill*, puesto que la negativa de otorgar licencia de Microsoft no llegaba a eliminar toda la competencia en el mercado relevante, (párr. 783), sino que, en palabras de la Comisión, existía un riesgo de eliminar dicha competencia⁸⁹³.

Una circunstancia adicional distingue el caso *Microsoft* del resto de la Jurisprudencia relativa a las negativas de otorgar licencia sobre derechos de propiedad intelectual. Microsoft había optado por un “sistema abierto⁸⁹⁴ como estrategia para lograr su poder de dominio,” de este modo adquiriendo una responsabilidad cualificada como empresa dominante⁸⁹⁵ en el sentido del art. 102(b) que prohíbe *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores*.⁸⁹⁶ Por lo tanto, el otorgamiento de

⁸⁹² En sentido contrario véase RIDYARD, D.: “Compulsory Access under EC Competition Law – A New Doctrine of “Convenient Facilities” and the Case for Price Regulation”, *E.C.L.R.* [2004], p. 670, que indica que “es evidente por los hechos en el mercado... que la negativa de Microsoft a suministrar su información de interfaz no ha eliminado toda la competencia del mercado secundario de software para servidores de grupos de trabajo, incluso aunque haya proporcionado a Microsoft una ventaja competitiva”.

⁸⁹³ En los párr. 560-563 de la sentencia en el presente asunto, el TPI mantiene que el art. 82 no sólo se aplica cuando no hay prácticamente competencia en el mercado porque si se exigiera a la Comisión esperar a que los competidores fueran eliminados del mercado, o a que su eliminación fuese lo suficientemente inminente, antes de poder aplicar el art. 82, claramente se contrarrestaría el objetivo de esta disposición, que es mantener una competencia no distorsionada y en concreto, salvaguardar la competencia residual todavía existente. En este caso, la Comisión tiene toda la justificación para aplicar el art. 82 antes de que la eliminación de la competencia en el mercado de los sistemas operativos de servidor de grupo sea una realidad porque ese mercado esta caracterizado por efectos de red significativos y porque la eliminación de la competencia sería muy difícil de revertir.

⁸⁹⁴ Se refiere a que el éxito de Microsoft está basado desde el principio en convertirse en la norma o estándar básico en el mercado general de las tecnologías de la información. Es obvio, ya que los sistemas operativos son productos de software (soporte lógico) que controlan las funciones básicas de un ordenador. Cuanto más extendido este un determinado sistema operativo mayor será su uso y la necesidad de compatibilidad con el mismo. La industria de tecnología se beneficia de los efectos de red (ver también párr. 16 de la Decisión). Por otro lado, dice la Decisión en el párr. 18: “...la denegación por parte de Microsoft constituye una interrupción de los niveles de suministro ya existentes, pues indirectamente ya había, a través de una licencia concedida a AT&T, suministrado información análoga sobre versiones anteriores de los productos de Microsoft a disposición de Sun y del sector en general.”

⁸⁹⁵ Sobre la responsabilidad cualificada de la empresa dominante, véase en el cap. III de este trabajo, el epígrafe IV- 5.2 y la nota a pie 128.

⁸⁹⁶ La Comisión consideró que la negativa de Microsoft de suministrar información relevante limitaba el desarrollo técnico conforme al art. 82(b). EZRACHI, A.: *EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oxon (UK), 2008, dice que el TPI mantuvo que las circunstancias relativas a la aparición de un nuevo producto, aducidas en *Magill* y *IMS*

licencia de copyright debe compelerse en ‘circunstancias excepcionales’⁸⁹⁷, cuando una empresa dominante se niega “a suministrar información de interfaz o a conceder licencia a operadores existentes innovadores en el mercado derivado con intención predatoria”. En consecuencia, la Comisión protege la innovación y el *desarrollo técnico* en el marco del art.102(b), fundamentando las “circunstancias excepcionales” en las estrategias comerciales predatorias de Microsoft, que van más allá de “la competencia por méritos propios”⁸⁹⁸, y por tanto, basa su represión de la conducta abusiva en la intencionalidad de Microsoft.⁸⁹⁹

Efectivamente, seguía existiendo competencia en el mercado a pesar de los efectos en el mismo de la conducta de Microsoft. No olvidemos que la Comisión tomó su decisión en base al riesgo de eliminación de la competencia, no en que se hubiera cometido un abuso que tenía como efecto la eliminación de la competencia, lo que la obliga a sopesar el conjunto de los “pros y contras” de la imposición a Microsoft de la obligación de

Health “no pueden ser el único parámetro que determine si una negativa a garantizar una licencia de un derecho de propiedad intelectual es capaz de causar un perjuicio a los consumidores conforme al art. 82(b)”, párr. 647. Así, se usa ese art. 82(b) para introducir la innovación en los criterios a tomar en consideración. Esta expansión interna desequilibra la balanza de la cuidadosamente establecida lista de circunstancias excepcionales en los asuntos Magill e IMS y baja el umbral para considerar una negativa de licencia abusiva.

⁸⁹⁷ En relación con la alegación de Microsoft sobre sus derechos de propiedad intelectual, que se rebate por la Comisión porque a tenor de la jurisprudencia (Magill), el interés de una empresa por ejercer sus derechos de propiedad intelectual no puede en sí mismo constituir justificación objetiva cuando se ha determinado la concurrencia de circunstancias excepcionales. La Comisión expresa en el apartado 555 de su Decisión que “no existe convencimiento acerca de un planteamiento que abogue por la existencia de una lista de control exhaustiva de circunstancias excepcionales y que haría que la Comisión no tuviera en cuenta ‘a limine’ otras circunstancias de carácter excepcional que merezcan ser tenidas en cuenta al apreciar una negativa de suministro.”

⁸⁹⁸ Al respecto véase NEMIROVSKIS, D.: “Mandatory Dealing in the European Union Law: the way of thorns”, *ELSA SPEL* 2005 (1), pág. 116.

⁸⁹⁹ Por los hechos que demuestran la intención de Microsoft y por la misma intención manifestada en documentación de la compañía, podía haberse basado este caso en el test de la intención (recuérdese el asunto analizado en el ámbito del estudio de la Jurisprudencia norteamericana del epígrafe anterior en el apartado 6) el asunto *Aspen Skiing*). El enfoque económico puramente basado en los efectos en el mercado que aplica la Comisión contradice los mismos criterios de aplicación de la legislación de competencia, a saber, no se debe castigar la posición de dominio, ni el monopolio por méritos propios, sino solo el abuso. No olvidemos que el art. 102 del TFUE no castiga la monopolización, sino el abuso efectivo de una posición dominante. El abuso en este caso solo podía probarse por la intención, no por los efectos anticompetitivos en el mercado. Los hechos demostraban una intención de *leveraging* o monopolización y cierre de mercado, en definitiva, una intención predatoria. De este modo, véase el párr. 23 de la Decisión de 24 de mayo de 2006 en que Microsoft alegaba que carecía de incentivos económicos para restringir la competencia en el mercado; sin embargo, en el párr. 778 de la Decisión original de 24 Marzo 2004, se demuestra que: “Finalmente, (-pues aporta otras pruebas en este sentido en los párrafos anteriores a este-) la comunicación interna de Microsoft confirma que los ejecutivos de Microsoft veían la interoperabilidad como herramienta en esta estrategia de leveraging: Lo que estamos intentando hacer es usar nuestro control sobre los servidores para crear nuevos protocolos y dejar fuera a Sun y Oracle específicamente [.]. Ahora, no sé si lo conseguiremos o no, pero eso es lo que estamos intentando hacer.”

suministro de información a sus competidores⁹⁰⁰. Y es que como pusimos de manifiesto ya en el cap. III en el ámbito del Derecho de la Competencia UE no solo se valora el poder económico de una empresa dominante en un mercado sino que en contraste con el Derecho antitrust USA se añade el efecto de bloqueo o cierre de mercado que el comportamiento de una empresa puede causar⁹⁰¹.

B) El asunto Microsoft ante el TPI

El TPI mantuvo esencialmente la Decisión de la Comisión. Respecto al primer tipo de conducta, la negativa de suministro de la información sobre interoperabilidad, el TPI indica, siguiendo el análisis que hace la Comisión de los asuntos *Bronner y Magill* (párr. 585 y 586 de la Decisión), que antes de caracterizar el abuso, se han de cumplir tres requisitos: 1) la negativa debe estar referida a un producto o servicio indispensable para el ejercicio de una actividad en un mercado relacionado⁹⁰²; 2) la negativa debe ser tal que excluya cualquier competencia efectiva en ese mercado; y 3) la negativa debe impedir la aparición de un nuevo producto para el que existe demanda potencial del consumidor. Además de que no esté objetivamente justificada. Se rechazaron los argumentos de Microsoft de que su negativa de suministro se justificaba en su necesidad de incentivos para seguir innovando e invirtiendo. Sin embargo, la Comisión lo vio de modo contrario, puesto que la falta de interoperabilidad con los programas de Microsoft limita la perspectiva de que los competidores pueden comercializar con éxito su propia innovación, y de ahí, que se desincentiven para el desarrollo de nuevos productos, lo que producía a su vez un impacto en el desarrollo tecnológico para el perjuicio de los consumidores. A largo plazo, existía un riesgo serio de que Microsoft acabara por eliminar toda la competencia efectiva en el mercado de servidores de grupo, lo que tendría un efecto negativo significativo en sus incentivos propios para innovar, confinando el mercado a una homogeneización de los productos de Microsoft. Los esfuerzos de Microsoft en I+D⁹⁰³ son estimulados por las innovaciones que traen sus

⁹⁰⁰ En el párr. 783 de la Decisión de la Comisión se dice que “en conjunto, el posible impacto negativo de la imposición de una obligación de suministro respecto a los incentivos de Microsoft para invertir en innovación es sopesada con su impacto positivo en el nivel de innovación de la industria entera (incluida Microsoft)”.

⁹⁰¹ Véase en el cap. III, el epígrafe IV- 2., en particular el primer párrafo de la pag. 242 y la nota a pie 478.

⁹⁰² En este sentido, Microsoft alegó que sus competidores podían acceder a esta información necesaria para interoperar mediante ingeniería inversa, pero la Comisión adujo que requería esfuerzos considerables sin poder asegurar de que llegase a funcionar, y que además dependía de que Microsoft no rompiera tal compatibilidad (por ej. simplemente actualizando el sistema operativo con una nueva versión), (párr. 685 y 686 de la Decisión).

⁹⁰³ En KINGSTON, S.: Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, Sot. Léloukis y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proionton, antes Glaxowellcome AEVE, CMLR n° 46, 2009, pág. 700, se

competidores en este mercado de sistemas operativos de servidores de grupo. Si estos competidores desaparecen, los incentivos para innovar de Microsoft desaparecerán⁹⁰⁴.

Respecto al segundo tipo de conducta, la vinculación del RWM al sistema operativo Windows para ordenadores personales, el TPI considera que los factores en que la Comisión basa la vinculación abusiva son correctos y están bien fundamentados. A saber, primero, la empresa ha de ser dominante en el mercado del producto vinculante; segundo, el producto vinculante y el producto vinculado deben ser dos productos separados; tercero, los consumidores no tienen elección para obtener el producto vinculante sin el producto vinculado; y, cuarto, la práctica abusiva debe cerrar el mercado a la competencia. De este modo, el TPI analiza y argumenta estos cuatro factores, concluyendo que la Comisión es correcta al afirmar que había un riesgo significativo de que la vinculación llevaría a una debilitación de la competencia, de tal forma que el mantenimiento de una estructura competitiva efectiva no estaría asegurada en un futuro próximo.

Por último, el tribunal asevera que Microsoft no ha demostrado la existencia de justificación objetiva para la vinculación de RWM al sistema operativo Windows y que el remedio impuesto por la Comisión es proporcionado. Microsoft retiene el derecho de continuar ofreciendo la versión de Windows unida a Windows Media Player y solo se le exige que haga posible que los consumidores obtengan aparte el sistema operativo sin el reproductor de Windows, medida que no implica ningún otro cambio en la práctica

pone de manifiesto que “desde la perspectiva de la teoría de la competencia, el fomento de R+D constituye en sí mismo un importante objetivo de la política de Competencia de la UE; la eficiencia dinámica se centra en la habilidad para innovar a largo plazo”.

⁹⁰⁴ En los párr. 700, 725 y 782. En un mundo cada vez más global y basado en la tecnología y sus avances, se pueden aducir los mismos argumentos en cualquier caso e industria. Hasta ahora la jurisprudencia sobre EFD/DRE iba en el sentido contrario, compeler a las empresas a compartir sus recursos esenciales con sus competidores desincentiva la innovación y la inversión. Sin embargo, los mismos argumentos de contrario pueden aducirse a partir de Microsoft, al revés, al no dar acceso a los competidores se niega la posibilidad de que los mismos puedan innovar y aparecer con nuevos productos que competirán con la empresa dominante, que por ende tendrá más incentivos también para innovar con el fin de competir con los nuevos productos que puedan crear sus competidores potenciales. Como dice RITTER, C.: *Refusal to deal and “Essential Facilities”: Does intellectual property require special deference compared to tangible property?*, *World Competition, Law and Economics Review*, vol. 28, n. 3, sept. 2005, pág. 21, la misma Microsoft es una empresa innovadora de segunda o tercera generación, que debe mucho de su éxito a la compra de DOS a Seattle Computer Products en 1980, a una licencia de explotación del interfaz gráfico de usuario en 1985, y a un decreto consintiendo el uso de algunos de los derechos de propiedad intelectual de Borland en el mercado de software para la gestión de bases de datos relacionadas en 1991. Asimismo, el mismo autor en la pág. 14, indica que una empresa pequeña tiene más que ganar de una innovación dada que un monopolista. El monopolista no ganará mucho de su esfuerzo, puesto que el precio monopolístico de la nueva invención simplemente reemplazara el precio monopolístico existente. En otras palabras, el monopolista encara un mayor coste de oportunidad por la invención que una pequeña empresa.

técnica habitual de Microsoft.

Después de este pronunciamiento del TPI⁹⁰⁵, en 2008, la Comisión impuso otra multa de 899 millones € a Microsoft por no cumplir con sus obligaciones establecidas en la Decisión analizada de marzo de 2004 (hasta la fecha de 22 de Octubre de 2007). Esta medida de la Comisión fue adoptada en virtud del art. 24(2) del Reglamento 1/2003, ya que antes del 22 Octubre de 2007, Microsoft impuso, como respuesta a la Decisión, precios desmesurados para poder acceder a la documentación de interfaz para los servidores de grupos de trabajo.

2.4. Síntesis de la evolución de la Jurisprudencia UE

En resumen, a través de todos estos pronunciamientos se puede ver la evolución de la doctrina de los recursos esenciales y de sus requisitos. Sin embargo, la evolución de esta doctrina y del asociado deber de la empresa dominante de dar acceso o de entablar relaciones comerciales con sus competidoras, lejos de ser lineal y coherente, ha generado un amplio debate, e incluso puede verse que su evolución jurisprudencial, en alguno de sus elementos, ha sido contradictoria⁹⁰⁶.

Es generalmente reconocido que desde la aparición en 1912 del caso *United States v. Terminal Railroad Association*, la EFD/DRE ha sido un tema de disputa legal durante un siglo. El derecho de acceso a un recurso esencial controlado por un monopolista ha generado controversia tanto en la legislación antitrust US como en la UE. El área específica de la legislación antitrust que pone de relieve especialmente las diferencias entre los regímenes antitrust en la EU y USA es en la aplicación de la EFD/DRE⁹⁰⁷. Asimismo, RENDA, A.⁹⁰⁸ manifiesta que en el viejo continente las autoridades de competencia pueden reprender la conducta de empresas dominantes cuando es probable que conduzca a un cierre anticompetitivo del mercado⁹⁰⁹, lo que indica que la EFD/DRE

⁹⁰⁵ Ver informe de prensa IP/08/318 de 27 de Febrero de 2008. La Comisaria de Competencia Neelie Kroes declaró que “Microsoft era la primera compañía en cincuenta años de política de competencia en la UE que la Comisión había tenido que multar por falta de cumplimiento con una decisión antitrust”.

⁹⁰⁶ Así lo dicen CASTALDO y NICITA, en “Essential Facility Access in Europe...”, pág. 90.

⁹⁰⁷ Así, WEN, GUO: “A Study on Essential Facility Doctrine: A Comparative Approach under US and EU Competition Law and Proposals to China’s Practice”, octubre 2008, en www.competitionlaw.cn

⁹⁰⁸ RENDA, A.: “Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine”, *Telecommunications Policy*, 2010, vol. 34, n° 1-2, pp. 7.

⁹⁰⁹ En relación con el cap. II de este trabajo, también RENDA, A. remarca la tendencia de los órganos regulatorios a imponer remedios estructurales para solucionar fallos de mercado. La

está profundamente enraizada en la legislación antitrust de la UE; la Comisión está incrementando gradualmente su utilización en el análisis de las denegaciones de suministro por parte de empresas dominantes.

La postura de la Comisión al valorar si la conducta de una empresa dominante que se niega a suministrar sus bienes o prestar sus servicios es abusiva, se centra en si tal conducta se lleva a cabo con el fin de limitar o excluir a sus competidores efectivos o potenciales de un mercado determinado, incluyendo el cierre o bloqueo anticompetitivo del mismo, o de reforzar su posición en dicho mercado o de extenderla a otro mercado derivado.

La postura del TJCE ante estas situaciones se ha ido forjando en la evolución de su jurisprudencia, desde que por primera vez en el asunto *Commercial Solvents* se considerara abusiva la interrupción de un suministro a un cliente, -si bien también competidor potencial ya que *Commercial Solvents* quería entrar a competir en el mercado derivado en el que no estaba presente-, únicamente cuando ello se produce “a riesgo de eliminar cualquier competencia por parte de dicho cliente⁹¹⁰”. El asunto *United Brands* planteó la misma situación, por la cual la negativa de venta por parte de la empresa dominante “podría dar lugar a la eliminación del mercado de referencia de una empresa con la que se mantienen relaciones comerciales”. Aunque se consideró que la empresa dominante tenía derecho a adoptar las medidas razonables que estimara convenientes para proteger sus intereses comerciales, siempre que dicho comportamiento fuera proporcionado a la amenaza y que su finalidad no fuera reforzar la posición dominante de la empresa o abusar de ella. Y lo que el TJCE considero proporcionado para que la empresa dominante pudiera proteger sus intereses comerciales dependía del “carácter anormal” de los pedidos de un cliente antiguo que respeta los usos del comercio⁹¹¹.

En el asunto *Telemarketing*, el TJCE señaló que los insumos retenidos por la empresa dominante resultaban indispensables para las actividades de la otra empresa y consideró abusivo que una empresa dominante se reserve, o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, una actividad auxiliar que podría ser realizada por una tercera empresa

EFD/DRE puede representar una solución viable cuando hay problemas de competencia insuficiente, como así sucedió con la política de acceso que lanzó la penetración y extensión de la banda ancha en Europa a precios relativamente bajos para los consumidores en comparación con la política de regulación norteamericana.

⁹¹⁰ En el párr. 25 de la sentencia *Commercial Solvents* ya analizada.

⁹¹¹ En los párr. 182, 183, 189 y 190 de la sentencia *United Brands* ya analizada.

como parte de las actividades de ésta en un mercado afin, pero distinto⁹¹².

En el asunto *Volvo* la negativa a conceder una licencia no constituía en sí misma un abuso de posición dominante, pero el ejercicio del derecho exclusivo de propiedad intelectual podía equivaler a un abuso si daba lugar a *determinados comportamientos abusivos*. Por lo que empieza a introducirse el análisis de los efectos anticompetitivos en el mercado en el método del TJCE, mientras que hasta ahora se había centrado en demostrar la posición dominante de la empresa en el mercado y en la conducta abusiva en cuanto tal.

En *GB-Inno* se castiga la extensión del monopolio de la empresa dominante al mercado conexo, favorecido por la normativa estatal. Por lo tanto, el Derecho de la Competencia entra a reprender ilícitos anticompetenciales en un sector regulado.

En el asunto *Magill*, las empresas dominantes se reservaron mediante su comportamiento el mercado secundario, excluyendo cualquier competencia en el mismo, al negar el acceso a la información básica que era la materia prima indispensable para la elaboración de un producto nuevo que aun no se ofrecía en el mercado secundario y para el que había una demanda potencial. El análisis del TJCE se centra otra vez en la valoración de los efectos en el mercado y, en ello, en el impedimento de que surja una demanda potencial como consecuencia de la monopolización de un mercado. En *Ladbroke* se plantea la exigencia de la presencia en ambos mercados del titular del derecho de autor, lo que determinaría una estructura de integración vertical de la empresa dominante, y asimismo, la cuestión de si es posible imponer a una empresa dominante la obligación de comercializar una actividad que únicamente se reserva la empresa para sí misma.

En *Bronner* se terminan de perfilar y establecen definitivamente los requisitos de aplicación de la EFD/DRE, definiendo el requisito de la indispensabilidad en el sentido de que no haya alternativa real o potencial al producto o servicio denegado, no para el competidor en cuestión, sino para cualquier competidor con las mismas características de eficiencia que la empresa dominante (test objetivo), todo lo cual tiene por consecuencia que se reducen los recursos que pueden considerarse esenciales al ampliarse las causas y el alcance de la justificación objetiva. En *IMS Health* se insiste en la línea marcada por *Magill* de que la negativa impida la aparición de un producto nuevo

⁹¹² En los párr. 25 a 27 de la sentencia *Telemarketing* ya analizada.

para el que existe una demanda potencial, pero con la particularidad de que IMS no comercializaba el producto que únicamente utilizaba para sus propias necesidades, por lo que en realidad no existía un verdadero mercado relacionado, sino de una actividad relacionada. En *Microsoft* la intención de mantener y extender el monopolio determina el abuso al valorar el riesgo de eliminar la competencia de un mercado⁹¹³, en el que aun existía competencia residual, y de detener la innovación.

De la jurisprudencia y la practica comunitarias hasta la fecha únicamente puede extraerse que existe una obligación por parte de la empresa dominante de suministrar sus productos o prestar sus servicios cuando por la interrupción de dicho suministro afecte gravemente a la competencia entre la empresa y el cliente en un mercado primario, o entre la empresa y sus competidores efectivos o potenciales en el mercado de suministro. Asimismo, existe una limitada serie de circunstancias, -no definidas-, en las que una empresa dominante estará obligada a poner a disposición de terceros sus instalaciones o recursos o a concederles una licencia por primera vez. Para ello debe demostrarse algún perjuicio excepcional para la competencia⁹¹⁴. La negativa de suministro o acceso no constituye un abuso *per se*, pero se habrá de examinar la intencionalidad en la conducta, la cual ha de tener como finalidad eliminar una fuente de competencia. Aun así, esto es matizado por la Jurisprudencia por la justificación objetiva que puede ofrecer la empresa dominante, ya que el art. 102 TFUE no tiene un régimen de exención como el art. 101 TFUE⁹¹⁵, y consecuentemente limitándose, por tanto, la responsabilidad cualificada que recae sobre las empresas dominantes.

Una cuestión no resuelta es la necesidad de presencia de la empresa dominante en los dos mercados; pero es que hasta la misma exigencia de la existencia de dos mercados es cuestionable, siendo que a veces, como hemos visto, el TJCE ha tenido que recurrir a la creación artificial de un mercado potencial o hipotético. Por ello, algunos autores como RITTER, C.⁹¹⁶, han llegado a distinguir entre *denegaciones de suministro*, para prohibir

⁹¹³ EZRACHI, A.: *EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oxon (UK), 2008, resalta que también ha de notarse que las consideraciones del TPI en el párr. 664, donde como parte de la valoración del perjuicio a los consumidores, el TPI mantuvo que Microsoft distorsionó la competencia al adquirir una cuota de mercado significativa. Esta declaración controvertidamente trata la mera consecución de una cuota de mercado importante como anticompetitiva y se desentiende del enfoque basado en los efectos.

⁹¹⁴ Véase párr. 66 de las Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 28 de octubre de 2004, en el asunto C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait)* y otros contra GlaxoSmithKline plc y GlaxoSmithKline AEVE, Rec. 2005 página I-04609.

⁹¹⁵ Al respecto véase en el cap. III, el epígrafe III.

⁹¹⁶ RITTER, C. en *Refusal to deal and "Essential Facilities": Does intellectual property require special deference compared to tangible property?*, *World Competition, Law and Economics Review*,

las restricciones a la competencia en forma de monopolización o apalancamiento de mercado en situaciones que implican la finalización de una relación comercial anterior, y casos de *recursos esenciales*. En estos últimos, entre los que incluye los asuntos *Magill*, *Ladbroke*, *Bronner*, *IMS Health*, y los casos portuarios (que veremos seguidamente en el siguiente epígrafe), generalmente se impone una obligación de suministro o acceso a un cliente nuevo. Tales casos implican un problema estructural de mercado que crea un deber de acceso o suministro, -una situación más cercana a la regulación sectorial que al Derecho antitrust-, con el fin de crear competencia en un mercado⁹¹⁷.

El cuadro anexo nos sintetiza el análisis de las sentencias realizado a lo largo de este epígrafe:

| Asunto | Presencia de la empresa dominante en los dos mercados | Abuso |
|---------------------------------|---|-------|
| <i>Commercial Solvents</i> 1974 | No | Sí |
| <i>United Brands</i> 1978 | Sí | Sí |
| <i>Telemarketing</i> 1985 | Sí (a través de una filial) | Sí |
| <i>Volvo</i> 1988 | Sí | No |
| <i>GB-Inno</i> 1991 | Sí | Sí |
| <i>Magill</i> 1995 | Crea mercado artificial | Sí |
| <i>Ladbroke</i> 1997 | Sí | No |
| <i>Bronner</i> 1998 | Sí | No |
| <i>IMS Health</i> 2001 | Crea mercado artificial | No |
| <i>Microsoft</i> 2004 | Sí | Sí |

Por último, en los últimos años se ha planteado un importante debate respecto al efecto que la aplicación generalizada de la EFD/DRE puede tener en la inversión en innovación y desarrollo de nuevos productos y tecnologías. Planteamiento, por tanto, muy actual, si bien hasta ahora solo se han oído las voces de sus detractores, la reciente línea doctrinal⁹¹⁸, al contrario, ha enfatizado en las incalculables externalidades positivas que

vol. 28, n. 3, sept. 2005

⁹¹⁷ En nuestra opinión se trata también de la creación de un nuevo mercado o apertura a la comercialización de una nueva actividad para la que hay o puede haber una demanda potencial. En definitiva, de proteger la competencia potencial.

⁹¹⁸ Por ejemplo RITTER, C., *ibidem* nota a pie anterior, pone de manifiesto que la imposición a la empresa dominante de la obligación de conceder una licencia a otras empresas es poco probable que traiga como consecuencia que los incentivos de innovación por parte de la misma empresa dominante se reduzcan sustancialmente en industrias donde la empresa que primero se

el acceso a determinados recursos pueden significar para la sociedad en general. Así, según FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S.⁹¹⁹ un sistema operativo, como Windows, es un recurso vital para todos los usos comerciales, creativos, y públicos que los usuarios de ordenador pudieran producir gracias a su acceso al mismo. El sistema operativo es la llave para poder ejecutar cualquier aplicación de software, ya sea un procesador de textos, hoja de cálculo, buscador de Web, producción de música y video, programas de diseño, o paquetes de matemáticas y estadística, etc. Las externalidades positivas tanto para los programadores de software como para los usuarios individuales son inmensas e incalculables.

Asimismo, STIGLITZ⁹²⁰ resalta que aunque se llegue a la conclusión de que cuanto más extendidos estén los derechos de patentes mejor es para la innovación, lo que no es siempre correcto, porque tenemos un sistema de innovación y desarrollo en que una innovación se construye o desarrolla sobre otra. E incluso RITTER⁹²¹ afirma que si bien la protección de derechos de propiedad intelectual representa cierto poder de mercado de su titular como premio por su esfuerzo e incentivo para su trabajo futuro, también impone un coste a la sociedad, constituido por la suma de: - la pérdida que causa el poder de mercado del titular del derecho de propiedad intelectual; - la reducción de incentivos de innovación causada por el poder de mercado; - el coste de mantenimiento de un sistema de protección de derechos de propiedad intelectual; - el coste de prohibir la innovación de segunda generación que se desarrolla a través de la innovación de primera generación; - el coste de desincentivar la innovación que está muy cercana a la innovación protegida por el derecho exclusivo de propiedad intelectual.

IV. EVOLUCION DE LA DOCTRINA DE LOS ‘RECURSOS ESENCIALES’ EN EL SECTOR DE LOS TRANSPORTES

En la jurisprudencia europea, como hemos visto, el concepto de "recursos esenciales" requiere la existencia dos mercados, a menudo descritos como un mercado primario o anterior (‘upstream’) y un mercado derivado o secundario (‘downstream’), en los que la empresa dominante estará activa en ambos, y otra u otras empresas estarán activas o

establece en el mercado obtiene todos beneficios monopolísticos.

⁹¹⁹ FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S., *Essential Facilities, Infrastructure, and Open Access*, ed. Loyola University, Chicago, 2006, pág. 55.

⁹²⁰ En su discurso de apertura del Simposio 1995/1996 sobre Política de Competencia sobre el nuevo mercado global de nueva tecnología (*New High-Tech, Global Marketplace*).

⁹²¹ RITTER, C., *Ibidem supra*, pág. 14.

desearan entrar y establecerse en el mercado derivado. El competidor o competidores del mercado derivado desean acceder o comprar un input de la empresa dominante integrada, pero esta lo deniega. La EFD/DRE define aquellas condiciones bajo las cuales se compelerá al acceso o al suministro a la empresa integrada.

La definición dada por el Abogado General Jacobs en sus Conclusiones en el asunto *Oscar Bronner*, que dice así: *"Según esta doctrina, una sociedad que ostenta una posición dominante en la concesión de instalaciones que son esenciales para el suministro de bienes o servicios en otro mercado abusa de su posición dominante cuando se niega a dar acceso a dichas instalaciones, sin una justificación objetiva. De esta forma, en determinados casos, una empresa dominante, no sólo se halla obligada a abstenerse de todo comportamiento contrario a la competencia, sino que además debe promover activamente la competencia, dando acceso a sus posibles competidores a unas instalaciones que ella haya desarrollado"*⁹²², implica la existencia de dos mercados. Ahora bien, como podemos ver de la definición, la posición dominante se mantiene respecto a la 'concesión de instalaciones esenciales', lo que no está claro es si tal concesión es un mercado en si mismo considerado.

*"El principio del deber de garantizar el acceso a recursos genuinamente esenciales que las empresas en posición dominante detentan en términos no discriminatorios crece en importancia en las telecomunicaciones, la transmisión de energía, el transporte, y muchas otras industrias. Es a menudo el problema legal principal o el más crucial que surge después de que una industria ha sido desregulada, aunque puede surgir en cualquier industria"*⁹²³. Lo que nos conduce a la industria del transporte, en proceso de liberalización en la UE, en que las cuestiones relacionadas con el acceso a la infraestructura se han visto reguladas a través de legislación sectorial, vista en el primer capítulo.

Tras la apertura de ciertos mercados a la competencia, la legislación respectiva del

⁹²² Asunto Bronner que hemos analizado en el epígrafe anterior III- 2.2, en el párr. 34 de las Conclusiones del A.G.

⁹²³ Citando textualmente a TEMPLE LANG, J., "Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities" in *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 1994 (pp. 439-440). El autor continua diciendo que hay una tendencia para que surja este deber más comúnmente en contextos donde el propietario o gestor del recurso esencial está sujeto a regulación económica o es de propiedad estatal o de cualquier otro modo tenga vínculos estatales. De aquí, que a menudo sea una cuestión de elección de política pública para el control de empresas dominantes entre una extensión de la regulación económica o la aplicación de la EFD bajo la legislación de competencia.

sector, en el marco de la UE, establece, en general, su apertura de acuerdo a principios de no-discriminación, transparencia, objetividad y proporcionalidad. La posición privilegiada que los antiguos monopolios tenían gracias a derechos exclusivos o especiales en ciertas industrias de red u otras estructuras esenciales constituía un obstáculo en su liberalización.

Las leyes de competencia generalmente no imponen un deber de contratar/suministrar. Cuando una compañía, incluso si es dominante se niega a tratar con un cliente, en la mayoría de las circunstancias una intervención de las autoridades de competencia no está justificada. Ahora bien, la negativa a tratar con un competidor puede constituir un abuso, cuando esta negativa puede potencialmente impedir el desarrollo de la competencia en el mercado. La Comisión Europea como órgano de vigilancia y control de infracciones anticompetenciales en el marco del Derecho de la Competencia de la UE (art. 105 TFUE), puede constatar la existencia de abusos en el seno de los mercados liberalizados o en proceso de liberalización. Además, consideramos que la Comisión Europea es el órgano mejor dotado para ello, debido a su conocimiento profundo de la problemática específica de cada sector que ha estudiado con el fin de proponer las medidas normativas específicas para la regulación de la apertura de estos sectores a la competencia.

Como no puede ser de otro modo⁹²⁴, es dentro de este contexto de un mercado en proceso de liberalización, en el que vamos a continuar el análisis de la EFD/DRE, refiriéndonos a la casuística comunitaria en el transporte, por ser además los casos portuarios, -a los que nos referiremos en primer lugar-, pioneros y decisivos en la aplicación y evolución de esta doctrina, y a continuación de los mismos centrando nuestra atención en el sector del transporte ferroviario.

Por tanto, dentro del ámbito de los transportes, dos casos fueron pioneros; ambos, en referencia al puerto de Holyhead Harbour (en Gales).

1) Vulneración del art. 102, c) del TFUE en la Decisión *B&I Line plc c/ Sealink Harbours Ltd. y Sealink Stena Ltd de 1992*

⁹²⁴ Obviamente el estudio y análisis que realiza el Derecho de la Competencia está referido a los mercados.

En este primer caso, en el asunto *B&I Line plc v. Sealink Harbours Ltd. and Sealink Stena Ltd.*⁹²⁵, es cuando por primera vez, en general, la Comisión declara un principio general usando explícitamente el concepto «essential facility»⁹²⁶.

Sealink es a la vez un operador de servicios de transbordador para coches y la propietaria del puerto (-aunque a través de una filial-) de Holyhead Harbour. B&I utiliza la infraestructura del puerto como un competidor que también opera servicios de transbordador. El amarradero de B&I, el Admiralty Pier, se situaba en la boca de la entrada al puerto, dejando un pasillo tan estrecho para la entrada de los ferries de Sealink, que implicaba que cuando esto sucedía el movimiento y la expulsión de agua y las turbulencias eran tales que los barcos de B&I tenían que interrumpir sus operaciones de carga o descarga y levantar la rampa que unía el barco con el muelle. Aprovechando esta coyuntura, Sealink modifica su horario de transporte de tal modo, que B&I se ve obligado a interrumpir su trabajo cada vez con mayor frecuencia, lo que en consecuencia, suponía pérdidas para su negocio. Después de la denuncia de B&I, la Comisión adoptó una Decisión de medidas provisionales en la que exigía a Sealink a que volviera al horario anterior, trazando una línea para Sealink como propietario de la infraestructura y como operador en el sentido de que, como empresa dominante al ser propietaria del puerto, no tenía, sin embargo, la libertad de discriminar a otros competidores en favor de sus servicios de operación de ferries⁹²⁷. En aquel momento B&I era su único competidor y sus requisitos de operación no demandaban más capacidad que la ya adjudicada. El asunto nunca llegó a una decisión final, ya que la disputa fue zanjada, pues ambas partes llegaron a un acuerdo que notificaron a la Comisión el 8 de julio de 1992.

La Decisión de la Comisión es una medida que fue aplicada a la luz del art. 82 del

⁹²⁵ Decisión *B&I Line plc v. Sealink Harbours Ltd. and Sealink Stena Ltd.* de 11 Junio, 1992, ((1992) 5 CMLR 255).

⁹²⁶ Tal principio está basado en la Jurisprudencia del TJCE, cuyo origen al respecto de esta doctrina, (así se especifica expresamente en la resolución) es el caso «Commercial Solvents». Véase el caso 6, 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano SpA y Commercial Solvents Corp c/Comisión* (1974) *Rec.* 223 (que ya hemos visto en este capítulo, epígrafe III- 2.1.) como primer caso de la Jurisprudencia UE).

⁹²⁷ FURSE, M.: «Monopoly Price Discrimination, article 82, and the Competition Act», *ECLR*, 2001, nº 5, pag. 472, dice que la Comisión en el desarrollo de la EFD/DRE va todavía más allá, al sugerir que cuando una compañía 'está en una posición como la de Sealink, no puede esperarse que normalmente cumpla satisfactoriamente su deber de dar acceso no discriminatorio resolviendo su conflicto de intereses, a menos que separe la gestión del recurso esencial de su uso'. De este modo se ha llevado la liberalización del sector ferroviario, imponiendo la separación estructural de la gestión de la infraestructura y de la operación de servicios, como mínimo separación contable, de las antiguas empresas ferroviarias (monopolios estatales).

Tratado (hoy art. 102 TFUE), como prohibición a los abusos de posición de dominio⁹²⁸. Es una Decisión importante porque se establece un principio legal de esencialidad de una instalación/infraestructura y por primera vez se usa el término, como sigue:

“66. Una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas (esto es, instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes) y utiliza ella misma dichas instalaciones, y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquéllas de que disfrutaban sus propios servicios, infringe el artículo 82 si se cumplen las otras condiciones de dicho artículo⁹²⁹ ...(6)⁹³⁰... Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce una infracción al artículo 82 cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia.

67. Este principio es aplicable cuando el competidor que desea utilizar las

⁹²⁸ La Comisión señaló que “un puerto, aeropuerto o cualquier otra instalación, incluso si no constituye una parte sustancial del mercado común, puede considerarse como tal siempre que el acceso en condiciones razonables a dicha instalación sea indispensable para la explotación de una línea de transporte, la cual resulta esencial para la aplicación del artículo 82 del Tratado CEE”. Ver XXII Annual Report on Competition Policy, 1992, parr. 219. De ahí la importancia de la definición de mercado geográfico. Una ruta o un puerto pueden ser económicamente significativos en relación a un Estado miembro o una región importante de la Comunidad.

⁹²⁹ Reproducimos literalmente el párr. 66 también de la versión inglesa para que pueda verse como se usa por primera vez el término, como sigue: “The Commission ruled that an undertaking which occupies a dominant position in the provision of an essential facility and itself uses that facility (i.e., a facility or infrastructure, without access to which competitors cannot provide services to their customers), and which refuses other companies access to that facility without objective justification or grants access to competitors only on terms less favourable than those which it gives to its own services, infringes Article 82 if the other conditions of that Article are met”.

⁹³⁰ Esta Decisión lista como referentes todos los casos siguientes en una nota al pie “(6) Véanse, entre otros: asuntos 6 y 7/73, Commercial Solvents contra Comisión, RTJ 1974, p. 223; asunto 311/84, Télémarketing, RTJ 1985, p. 3261; asunto C-18/88 RTT contra GB-Inno, RTJ 1991, p. I-5941; asunto I-5941; asunto C-260/89, Elliniki Radiophonia Teleorassi, RTJ 1991, p. I-2925, asuntos T-69, T-70 y T-76/89, RTE, BBC e ITP contra Comisión, RTJ 1991, p. II-485, II-535, II-575, y las Decisiones de la Comisión: 76/185/CEE, National Carbonizing, DO no L 35 de 10. 2. 1976, p. 6; 88/589/CEE, London European - SABENA, DO no L 317 de 24. 11. 1988, p. 47; 92/213/CEE, British Midland contra Aer Lingus, DO no L 96 de 10. 4. 1992, p. 34; B & I contra Sealink, 11. 6. 1992, Boletín CE no 6-1992, punto 1. 3. 30”. Es decir, que la Comisión entiende que la EFD se ha aplicado en estos casos.

*instalaciones básicas intenta acceder por primera vez al mercado considerado*⁹³¹. En el asunto *Hoffmann-La Roche...*”

Este párrafo 66 es considerado que contiene la definición de la doctrina de los recursos esenciales. Teniendo en cuenta que es una decisión tomada mucho antes que la sentencia en el asunto *Bronner*, está bien fundamentada y desarrollada, puesto que tiene en cuenta la estructura de integración vertical de la empresa dominante y el conflicto de intereses que ello genera y que puede constituir el motivo del abuso. Lo que desde nuestro punto de vista no tiene por qué indicar que la empresa dominante actúa en dos mercados, sino que actúa en dos actividades⁹³², ya sean en el mismo estadio o no de la cadena de producción o distribución.

En la presente Decisión de la Comisión se apuntaron los siguientes puntos clave como antecedentes para los casos posteriores:

- la infracción se considera como vulneración del art. 102, c) del Tratado ⁹³³
- una empresa que tiene una posición dominante en un mercado primario (*upstream market*), no puede abusar de tal posición para hacerse fuerte en un mercado derivado (*downstream market*), negando el acceso al mismo de sus competidores o permitiendo el acceso pero en condiciones desfavorables
- no hay justificación objetiva a su comportamiento, tal como podría ser la carencia de capacidad de la instalación o infraestructura

2) Vulneración del art. 102, b) del TFUE en la Decisión *Sea Containers c/ Stena*

⁹³¹ Aquí la Comisión adelanta que la EFD se puede aplicar tanto a los competidores existentes como a los nuevos que quieran acceder al mercado por primera vez, que es lo que sucede en el siguiente caso del puerto de Holyhead y con la misma compañía Sealink.

⁹³² Lo que lleva a pensar que si la empresa dominante es propietaria de una instalación a la que nunca ha dado acceso a otros competidores, el compeler a la empresa dominante a dar acceso por primera vez implica obligar a esta empresa a que desarrolle otra actividad ajena a su actividad comercial y que probablemente ha estado ejerciendo esta actividad para si misma para dar respuesta a necesidades del negocio principal. A donde queremos llegar, es que exigir la existencia de dos mercados es forzar a veces el concepto de recursos esenciales y por tanto, su aplicación así definido provocara inconsistencias cuando haya de aplicarse en casos en que verdaderamente no existan dos mercados, o que aun existiendo, no tiene sentido relacionarlos con la aplicación de la EFD. *Magill* es un claro ejemplo de creación artificial de un mercado hipotético o potencial.

⁹³³ Sin olvidar que los ejemplos de abuso no son exhaustivos, tal y como dice el asunto *Continental Can c/ Comisión* 6/72, párr. 26, Rec. 1973, pag. 215. Por lo que, no es necesario localizar/ajustar cualquier caso de posición de dominio dentro de un apartado específico del art. 102 TFUE.

Sealink de 1993

En el segundo de los casos en referencia al puerto de Holyhead Harbor, en 1993 la Comisión adopta también una Decisión pero esta vez denegando las medidas provisionales solicitadas⁹³⁴. Esta vez Sea Containers pidió a Sealink por primera vez acceso al puerto para operar un nuevo servicio de ferry rápido por catamarán ligero (Seacat) en el corredor central entre Gales e Irlanda. Incluso Sea Containers sugirió la creación y financiación de instalaciones provisionales en el muelle Este hasta que se llevaran a cabo las obras de ampliación proyectadas, que empezaron finalmente antes de que se diera una respuesta efectiva por parte de Sealink, que retrasó y puso dificultades para darle acceso. Gracias a la presión de la Comisión, en el último momento Sealink accedió proponiendo una oferta que la Comisión catalogó como razonable y no discriminatoria, que Sea Containers aceptó. Por otro lado, el puerto tenía la capacidad suficiente para acoger a este tercer competidor, en competencia pues, con B&I y la misma Sealink.

Aunque las medidas provisionales fueron denegadas (porque no se pudo justificar la urgencia que implicaba la adopción de estas medidas y la Comisión consideró que Sealink había ofrecido suficientes ofertas de horarios adicionales para la viabilidad de los servicios de Sea Containers), sin embargo, la Comisión también reconoció que Sealink no había negociado de buena fe. En esta Decisión la Comisión examinó la posición dominante en relación al mercado de referencia, tanto de servicios como geográfico haciendo eco de su posición jurídica en los mismos términos que en el anterior caso de Holyhead Harbour⁹³⁵, (asunto *B&I c/ Sealink*), y analiza el abuso en base al mismo principio legal de la ‘essential facility’ o recurso esencial, pero la novedad es que añade que tal principio se aplica cuando un nuevo competidor buscando acceso a una instalación/infraestructura esencial es un nuevo operador para el mercado relevante. Es decir, que el deber de acceso se aplica tanto a clientes nuevos como existentes. Tal novedad no es baladí pues se estaría obligando a un propietario de un recurso esencial a que de acceso a un competidor a su instalación (de la cual es propietario por haber

⁹³⁴ Véase la Decisión de la Comisión 94/19/CE, de 21 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE (IV/34689 - *Sea Containers c/ Stena Sealink* - medidas provisionales) DO n° L 15 de 18/01/1994 pp. 8-19. Véase también XXIII Annual Report on Competition Policy, 1993, párr. 234.

⁹³⁵ La Comisión criticó a Sealink por no llevar a cabo su función como una autoridad portuaria independiente. El fallo de Sealink de no consultar con otros operadores de ferry acerca de sus planes de desarrollo y los cambios en los horarios adjudicados, debiendo haberse comportado como una autoridad portuaria independiente, con un interés en el aumento de los ingresos del puerto, que habría al menos considerado si los intereses de los usuarios existentes y propuestos del puerto podían satisfacerse mejor introduciendo cambios modestos.

realizado una fuerte inversión⁹³⁶), y por tanto, limitando su libertad comercial.

El primer caso descrito en el epígrafe anterior, encontraba su apoyo jurídico en el hoy art. 102 c), que prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante por una o más empresas cuando «se apliquen a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva». Lo que indica que si ya se está prestando un servicio a otras empresas, la empresa dominante está obligada a dar acceso a ese servicio a otra/s empresas que lo requieran, si se quiere evitar prácticas discriminatorias.

Tal supuesto es distinto del art. 102 b), que dice: «es explotación abusiva de una posición dominante limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico.» Cuando una empresa dominante en el mercado puede prestar un servicio a otras competidoras, que éstas no pueden desarrollar por sí mismas, a tenor del art. 102 b), la compañía dominante tiene un deber de prestar tal servicio a sus competidoras, pero siempre que la compañía dominante esté o haya cometido un abuso de su posición. Consecuentemente, encontramos en la letra de este precepto un deber de suministrar/prestar un servicio la primera vez que un competidor quiere entrar a operar en un determinado mercado. El segundo de los casos en relación con el puerto de Holyhead Harbour, esto es, la presente Decisión *Sea Containers* se acoge a este precepto⁹³⁷. Sin embargo, tales disposiciones se aplican una vez se haya constatado el abuso (lo que es difícil de acreditar en la mayoría de los casos), es decir a posteriori, pero no obliga a dar acceso (por supuesto, en términos no-discriminatorios) a priori a un nuevo competidor⁹³⁸. Y ello porque el objetivo final del Derecho de la Competencia, como ya hemos visto, es evitar las restricciones de

⁹³⁶ Es importante recordar aquí que la Comisión es una autoridad de la Competencia (y no de regulación) y que esta investida como autoridad de la Competencia con poderes competenciales, por ello, puede establecer Decisiones. Bajo el Derecho de la Competencia, la Doctrina de los Recursos Esenciales afecta en la forma de proteger la propiedad de una empresa dominante porque una vez, que se detecta una instalación esencial, los derechos de propiedad son sustituidos por una regla de responsabilidad (cuasi-expropiatoria) de obligación de dar acceso a los competidores, incluso sin el consentimiento del propietario. CASTALDO, A. & NICITA, A. "Essential Facility and Efficiency in European Antitrust. Some Lessons from GVG/FS in the Railway Sector". Simple 38/05, *Siena memos and papers on law and economics*, University of Siena Faculty of Economics R.M. Goodwin, 2005, p. 4.

⁹³⁷ Del mismo modo en el asunto *Microsoft*, véase el epígrafe anterior apartado 9- A), al final.

⁹³⁸ La cuestión que podría plantearse es si la empresa dominante tendría un deber de suministro en un mercado al que un competidor quiere entrar por primera vez, pero en el que no existen otros competidores, es decir, obligar a ofrecer un servicio que únicamente usa para sí misma la empresa dominante, de modo que otras empresas puedan acceder a un mercado que aun no está liberalizado. El Derecho de la competencia no da respuesta a dicho planteamiento, es necesario profundizar en como se está llevando a cabo el proceso de liberalización de ese mercado y lo que establece o pueda establecer su regulación sectorial.

competencia en el mercado prohibiéndolas, mientras que el conseguir que los mercados sean más competitivos y solventar cualquier fallo de mercado es objeto de la regulación sectorial⁹³⁹.

Por tanto, como en el caso anterior en que el art. 82, c) TCE es un buen marco para acoger ilícitos anticompetenciales discriminatorios, el art. 82, b) TCE, por su parte, se ha venido a utilizar como un cajón de sastre para la reprensión de abusos anticompetenciales contra la competencia potencial o con el fin de proteger el cierre o bloqueo de un mercado existente o potencial. Pero, en ello, se ha tenido que recurrir a la EFD/DRE para terminar de perfilar los requisitos exigidos para su aplicación.

3) La Decisión de 1993 “Puerto de Rodby” tomada en el marco del art. 110 TFUE

Una Decisión de la Comisión⁹⁴⁰, también anterior al caso *Bronner* y tomada el mismo día que la Decisión *B&I v. Sealink*, conocida como “Puerto de Rodby”, planteó otra cuestión destacable en la configuración de la Doctrina. Esta vez, la Comisión argumentó su Decisión en base al art. 110 del TFUE⁹⁴¹. DSB, ferrocarril nacional danés, era la autoridad portuaria de propiedad estatal danesa que operaba el único servicio de ferry en conjunción con DB (ferrocarril nacional germano) entre el puerto de Rodby en Dinamarca y Puttgarden en Alemania. El gobierno danés no permitió a Stena Sealink, ni operar desde el mismo puerto de Rodby ni la construcción de un pequeño puerto comercial privado cercano a Rodby. La Comisión estimó que no había alternativa real sustitutiva al puerto de Rodby para trayectos marítimos cortos entre Dinamarca del Este y Alemania. Asimismo, el volumen de transporte que se llevaba a cabo a través de dicho puerto correspondía a una parte sustancial del mercado comunitario. Si, como en este caso, la instalación esencial es definida en función de sus características físicas, la definición del

⁹³⁹ Al respecto, véase en el cap. II, el epígrafe III.

⁹⁴⁰ Decisión de la Comisión 94/119/CE, de 21 de diciembre de 1993, relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Rødby (Dinamarca) (DO L 55 de 26.2.1994, p. 52/57).

⁹⁴¹ En la numeración de la época en que se toma la Decisión, art. 90 TCE: “Los Estados miembros no adoptaran ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los arts. 12 y 81 a 89, ambos inclusive”. Muchas instalaciones en Europa que cuanto menos podrían ser “esenciales” son o controladas por el Estado o por empresas estatales o se gestionan bajo regulación estatal, entendidas en muchos casos como monopolios naturales (al respecto véase el cap. II, epígrafe V). Como resultado, muchas de las cuestiones de índole general en relación a la aplicación de la EFD pueden tener uso directo en los casos del artículo 90, particularmente respecto a la infraestructura de transporte. Es más, en el caso de monopolios de propiedad estatal, la aplicación de la EFD para desregular y abrir mercados puede ser menos controvertida que la aplicación de la doctrina a empresas privadas”, VENIT y KALLAUGHER (pág. 343)

mercado geográfico devino fundamental⁹⁴². Se estimó que la autoridad portuaria de Rodby ostentaba una posición dominante. La negativa para operar desde el mismo puerto o para la construcción de un puerto alternativo reforzaba su dominio.

Esta Decisión, además, avanzó en la línea de la aplicación de la EFD/DRE no sólo, como en el primer caso portuario visto, a prácticas discriminatorias de clientes existentes, sino también, como en el caso anterior analizado, a clientes potenciales que buscaban acceso, para lo que incluso podía ser necesaria una inversión importante. Se podía justificar la negativa de acceso si existían razones legítimas que justificaran dicha negativa, tales como limitaciones técnicas, o de capacidad, lo que no sucedía en este caso; además Stena estaba dispuesta a financiar cualquier alteración necesaria. La Comisión estimó que se hubiera ejercido un abuso de dominio por parte de la empresa estatal DSB, negar el acceso, y era contrario al art. 110 (1) en relación con el art. 102 TFUE que el Estado danés lo permitiera como parte interesada, ya que el mismo art. 110, –en la numeración actual–, remite a los artículos 101 a 109 del TFUE, (los cuales constituyen el núcleo del Derecho de la competencia del Tratado, basado, como hemos visto a lo largo del cap. I, en la prohibición de las prácticas colusorias, del abuso de posición de dominio y de las ayudas estatales)⁹⁴³.

4) Confirmación de la línea evolutiva marcada de los casos portuarios en la Decisión “Puerto de Roscoff”

En esta misma línea de asuntos referentes a instalaciones portuarias, en el caso *Puerto de Roscoff*⁹⁴⁴, Irish Continental Group (ICG) quería operar un servicio de ferry entre Cork, Irlanda, y Brittany en Francia, por lo que necesitaba acceso al puerto de Roscoff, que gestionaba CCI Morlaix. Aunque ICG había probado otra ruta alternativa, esta era insatisfactoria. La Cámara de Comercio Morlaix era una entidad administrativa francesa que tenía una concesión estatal para ese propósito. CCI Morlaix no operaba ferries ella

⁹⁴² De la importancia de la definición del mercado geográfico relevante ya nos hemos hecho eco en el asunto *Ladbroke*, epígrafe anterior III- 2.1.7). Asimismo, véase en el cap. III, epígrafe IV-3.1.B).

⁹⁴³ En el Caso C-179/90 *Mercati Convenzionali Port of Genoa* (1991 Rec. I- 5889), el TJCE consideró que los abusos en los precios (que en este caso resultaron del ejercicio de derechos exclusivos otorgados a una empresa por un Estado miembro) pueden ser ilegales bajo el art. 102: exigir pagos por servicios no requeridos ni llevados a cabo; o imponiendo precios excesivos; o negándose a usar tecnología moderna; o extendiendo “reducciones de precios a algunos usuarios contrarrestando estas reducciones con un aumento de los precios a otros usuarios”. El TJCE no especificó en qué circunstancias sería ilegales, solo indicó algunos ejemplos.

⁹⁴⁴ Decisión de la Comisión de 16 de mayo de 1995, *Irish Continental Group c. CCI Morlaix (Port de Roscoff)*, (1995) 5 CMLR 177.

misma, pero ostentaba alrededor de un 5% de las acciones de Brittany Ferries, que en aquel momento operaba el único transporte de ferry entre Irlanda y Brittany. La Comisión indicó que el comportamiento difícil de CCI Morlaix en las negociaciones para el acceso equivalía a una negativa que habría constituido un abuso (lo que viene a llamarse “negativa constructiva”), incluso si la autoridad portuaria no hubiera tenido ningún interés en Brittany Ferries. Así la Comisión ordenó medidas provisionales para un periodo de tiempo que comprendía la temporada de verano de 1995, siendo un factor decisivo que CCI Morlaix había hecho creer a ICG que las instalaciones estarían disponibles para operar ferries para el verano de 1995, pero más tarde cambió de opinión.

En definitiva, este caso está en la línea de los anteriores de protección de una demanda potencial o de impedir el cierre o bloqueo de mercado por empresas integradas verticalmente, e incluso, con intereses estatales. Por tanto, estas Decisiones de la Comisión Europea aplican -y por su propia denominación expresamente- la EFD/DRE. Puede decirse que a través de ellas se introduce en Europa en la década de 1990 la EFD/DRE norteamericana. Hasta entonces, el TJCE, como hemos visto en el epígrafe III-1 de este capítulo, echaba mano de la denegación de suministro, pero se revelaba insuficiente en los casos en que había una demanda potencial que proteger o podía bloquearse o cerrarse todo un mercado a la competencia, lo que resolvía el TJCE, con la prudencia que le caracteriza, utilizando los requisitos de la EFD/DRE, pero evitando pronunciarse sobre la misma.

IV. JURISPRUDENCIA RELATIVA AL TRANSPORTE FERROVIARIO

En línea con los objetivos de la política común de transporte en la UE, como vimos en el primer capítulo, el área prioritaria de la acción de la Comisión ha sido y sigue siendo el transporte ferroviario. Este interés se instrumentaliza mayormente por la apertura y liberalización del mercado que trajo consigo la Directiva 91/440/CEE y subsiguientes paquetes ferroviarios. Esta apertura también ha conllevado una mayor intensidad en la cooperación entre empresas para ampliar la oferta de servicios existentes y nuevos, y la creación de servicios comunes, especialmente por parte de Alemania⁹⁴⁵.

⁹⁴⁵ Al respecto, véase en el cap. I, el epígrafe III-2.4), especialmente nota a pie 98.

1. Los casos ferroviarios.

1) Decisión Eurotunnel II de 1994: la fuerte inversión en la infraestructura del túnel del Canal de la Mancha

En Eurotunnel⁹⁴⁶, la Comisión decidió no poner objeciones al ‘Acuerdo de utilización’ concluido el 29 de julio de 1987 entre EUROTUNNEL y los ferrocarriles franceses e ingleses en aquel momento, SNCF y BRITISH RAIL (BR en adelante), en relación al Túnel del Canal de la Mancha. Las razones por las que la Comisión concede esta exención⁹⁴⁷ son:

- el acuerdo contribuiría a la mejora de la calidad de los servicios de transporte y mayor productividad para las empresas al crear nuevas posibilidades de desarrollo para la industria ferroviaria; ayudando también a promocionar el progreso técnico o económico;
- el acuerdo haría posible el enlace ferroviario a través del túnel, pero al mismo tiempo no eliminaría la competencia en el ‘mercado de cruce del Canal’, puesto que otras formas de transporte continuarían operando.

Consecuentemente la exención en el marco del art. 81-3º TCE se concedió por tres años desde Noviembre de 1988.

La definición de mercado fue decisiva en la posterior revisión de la Decisión anterior que acabo de mencionar, (que solo concedió la exención por tres años), por parte de la Comisión Europea relativa al ‘Acuerdo conjunto de Utilización’ del Channel Tunnel. En esta revisión las partes solicitaron que la exención fuera ampliada para abarcar la total

⁹⁴⁶ Con arreglo a un contrato firmado el 14 de marzo de 1986 por el Secretario de Estado de Transportes del Reino Unido y el Ministro de Urbanismo, Vivienda y Transportes francés, las sociedades Channel Tunnel Group y France Manche obtuvieron la concesión para la construcción y explotación del túnel bajo el Canal de la Mancha. A tal efecto, constituyeron una sociedad de cuentas en participación, con el nombre de «Eurotunnel». Eurotunnel se compone de la sociedad Channel Tunnel Group Ltd y de la sociedad France Manche SA, que actúan como «partnership» de derecho inglés y como sociedad en participación de derecho francés. Eurotunnel obtuvo la concesión por 55 años para construir y operar el túnel que aloja trenes internacionales entre UK y Europa, así como trenes lanzadera de pasajeros y vehículos. Con arreglo al contrato de construcción, la construcción y puesta en funcionamiento del túnel corría a cargo del consorcio Transmanche Link, integrado por diez importantes empresas constructoras británicas y francesas. La Comisión concedió una declaración negativa de infracción respecto de los contratos de construcción y de arrendamiento de obra celebrados por Eurotunnel para la construcción y puesta en funcionamiento del túnel bajo el canal de la Mancha, al no suponer ninguna restricción al juego de la competencia en el sentido del artículo 81 TCE. La duración de la concesión, fijada inicialmente en 55 años, se amplió a 65 años en 1994. El túnel empezó a operar en Mayo de 1994.

⁹⁴⁷ Decisión Eurotunnel I, de 24 de octubre de 1988, (DO L 311 de 17.11.1988).

duración de la concesión, como hemos visto, de una vigencia de 65 años. Este Acuerdo establecía un reparto de la capacidad del Túnel en dos partes iguales. La mitad de la capacidad se reservaba a la explotación de los servicios de lanzadera, hasta el momento explotados únicamente por Eurotunnel, y la otra mitad se destinaba para BR y SNCF por partes iguales con derecho al 50 por ciento de la capacidad del enlace fijo, por hora, en cada dirección, para operar trenes de pasajeros y mercancías internacionales, que comunican al Reino Unido con el continente (es decir, el 100% de la capacidad reservada para los trenes internacionales), abonando tasas de utilización a Eurotunnel como gestor de toda la infraestructura.

La Comisión decidió⁹⁴⁸ que el contrato de utilización infringía el art. 81(1) TCE, estimando que el reparto de la capacidad del Túnel entre los servicios de lanzadera y los trenes internacionales, con la consecuencia de la reserva de una parte importante de los periodos de horarios a BR/SNCF, restringía la competencia, pero aún así promovía el progreso económico. Por ello, el contrato fue eximido bajo el art. 81(3) TCE, aunque sujeto a condiciones diseñadas para asegurar que las partes no eliminaran la posible competencia futura en el sentido de que otras compañías ferroviarias pudieran explotar servicios en competencia con BR y SNCF. A este respecto, BR y SNCF señalaron a la Comisión que, durante los doce primeros años, tenían la intención de utilizar alrededor del 75% de la capacidad reservada a los trenes internacionales (es decir, el 75% de su 50% de la capacidad del túnel). Por ello, la Comisión supeditó su exención del art. 81-3° a que BR y SNCF dejaran a disposición del gestor de la infraestructura para adjudicación los periodos horarios que no necesitaran, es decir, el 25% de la capacidad del Túnel reservada para los trenes internacionales, en consonancia con los objetivos de la Directiva 91/440/CEE reciente en aquel momento⁹⁴⁹. La Comisión revisaría estos porcentajes una vez transcurridos los doce años. La Comisión considero que, debido al carácter excepcional del Túnel bajo el Canal de la Mancha y la fuerte financiación que necesitó para su construcción, se podía conceder la excepción por un periodo de 30 años.

Si bien en el marco del art. 81-3° TCE, lo que tiene interés para nosotros es que la Decisión distinguió los diferentes mercados afectados (puntos 51 a 67):

“- Por un lado, el mercado de adjudicación de tramos horarios para el transporte ferroviario en el túnel bajo el Canal de la Mancha, habida cuenta de que el túnel de

⁹⁴⁸ Decisión de la Comisión 94/894/CE Eurotunnel II de 13 de diciembre de 1994, Asunto IV/ 32490, DO L354/66 de 31.12.94.

⁹⁴⁹ Véase cap. I, epígrafe III-2.

referencia constituye una facilidad esencial para las empresas ferroviarias que deseen prestar servicios de transporte entre el Reino Unido y el Continente, limitándose la dimensión geográfica de este mercado al túnel y a las zonas de acceso de éste.

- Por otro lado, varios mercados de servicios de transporte internacional de viajeros y de mercancías entre el Reino Unido y el Continente.”

La Decisión de la Comisión fue apelada por las compañías ferroviarias SNCF, BR y Eurotunnel, que argumentaron que la Comisión definió un mercado tan limitado que el Channel Tunnel devino por sí solo un recurso esencial y que habían realizado una inversión tan elevada en la puesta en marcha de esta infraestructura que justificaba la cantidad de capacidad reservada; El TPI, por su parte, en su sentencia de 22 de octubre de 1996⁹⁵⁰ en el asunto *Société nationale des chemins de fer français y British Railways Board contra Comisión* anuló esta Decisión Eurotunnel II, en base a que la apreciación de los efectos contrarios a la competencia del Acuerdo que se realiza en la Decisión controvertida se funda en un error de hecho al no haber interpretado el Convenio original correctamente⁹⁵¹. Asimismo, que el error de hecho en que incurrió la Comisión influyó también en la valoración que hizo del Convenio con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado y, por tanto, en las condiciones que impuso para conceder la exención, (la imposición del mencionado 25% del 50% de la capacidad total del túnel).

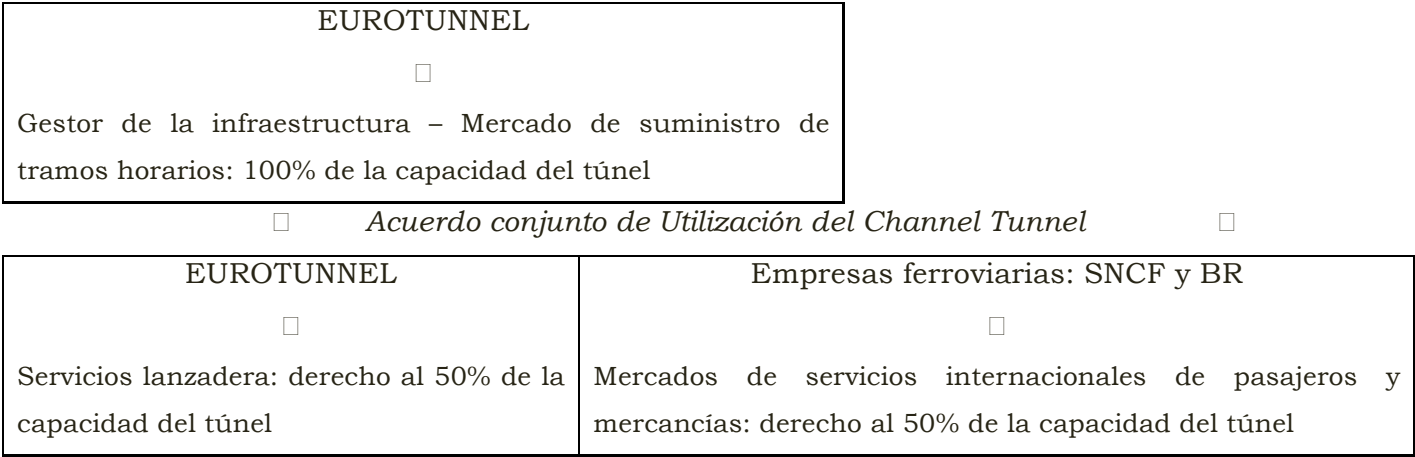
El TPI, para considerar el error de hecho, se aferró al argumento de que, primero, “ninguna disposición del convenio reserva expresa ni tácitamente la mitad de la capacidad del túnel a los servicios de lanzaderas y la otra mitad a los trenes internacionales de viajeros y de mercancías” (párr. 49 de la sentencia)⁹⁵²; y segundo, que “Eurotunnel [...] que dispone del otro 50 % de la capacidad del túnel puede utilizarlo, o bien para su actividad de explotación de los servicios de lanzaderas, o bien para cumplir su función de administradora de infraestructura del túnel, [...], a saber, de satisfacer las demandas de

⁹⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 22 de octubre de 1996, en los asuntos acumulados T-79/95 y T-80/95 *Société nationale des chemins de fer français y British Railways Board contra Comisión*, Rec.1996 pág. II-1491.

⁹⁵¹ Es decir el que las compañías ferroviarias se reservaran el 50% al tráfico de trenes internacionales y Eurotunnel el otro 50% al tráfico de las lanzaderas, lo que no permitía entonces el acceso de terceras compañías ferroviarias competidoras al túnel, comprando los derechos de acceso a Eurotunnel como gestor de la infraestructura.

⁹⁵² La Cláusula 6.2 del ‘Acuerdo de utilización’ concluido el 29 de julio de 1987 decía literalmente que “the applicants are ‘at all times during the term of [the usage contract] ... entitled to fifty per cent (50%) of the capacity, per hour in each direction, of the fixed link ... unless ... they agree to surrender part of their entitlement, such agreement not to be unreasonably withheld’. The remaining capacity, measured in standard hourly paths, remains available to Eurotunnel, the infrastructure manager.” El TPI vino a decir que el que tengan derecho a esa capacidad, no quiere decir que la utilicen totalmente.

acceso procedentes de terceras empresas ferroviarias. En efecto, los Gobiernos francés y británico no sujetan a Eurotunnel a ninguna obligación de utilizar un porcentaje determinado de la capacidad de infraestructura de que se trata para la explotación de los servicios de lanzaderas. De este modo, la flota de lanzaderas de que dispone potencialmente Eurotunnel no precisa en modo alguno de la totalidad del 50 % que constituye la parte de Eurotunnel con arreglo al convenio de utilización” (párr. 57 de la sentencia). Gráficamente se puede expresar este complejo Acuerdo del siguiente modo:



Así, el TPI concluyó que “con carácter alternativo, la Comisión hubiera podido imponer condiciones tanto a las compañías ferroviarias como a Eurotunnel, lo cual podría haber permitido la imposición a las demandantes SNCF y BR de condiciones menos onerosas que las actuales”. Es decir, la Comisión se centró exclusivamente en la capacidad que podían compartir SNCF y BR, sin exigir a Eurotunnel, como gestor de la infraestructura, que hiciera también accesible su propia capacidad (esto es, el 50% de la capacidad total del túnel) a posibles terceras empresas competidoras que también quisieran operar un servicio internacional de trenes, lo que era además más apropiado a la función de Eurotunnel como gestor de la infraestructura global.

A pesar de que este caso es relativo a las exenciones individuales del ahora art. 101 (3) TFUE, la Comisión consideró al túnel del Canal de la Mancha como un recurso esencial, y alrededor de ello⁹⁵³, delimitó el mercado de suministro de tramos horarios para el transporte ferroviario por el túnel, así como varios mercados de servicios de transporte internacional de viajeros y de mercancías entre el Reino Unido y el Continente.

En perspectiva, la Comisión identificó como un recurso esencial la capacidad ferroviaria

⁹⁵³ La Comisión dijo a este respecto: “...limitándose la dimensión geográfica de este mercado al túnel y a las zonas de acceso de éste”.

a través del túnel, y por esta razón, el Acuerdo de Utilización impediría la entrada de nuevos competidores al mercado general derivado de servicios de transporte ferroviario porque situaría a BR y SNCF en posiciones dominantes monopolistas u oligopolistas, que venían determinadas por una definición limitada del mercado relevante, o si se quiere, se definió el mercado en función de la esencialidad de esta infraestructura bajo el Canal de la Mancha. Por ello, en aplicación de la EFD/DRE impuso como condición un deber de acceso o de compartir su capacidad a ambas empresas ferroviarios con el fin de conceder una exención al Acuerdo de Utilización. En nuestra opinión se aplicó la EFD/DRE en el marco del art. 81 TCE (art. 101 TFUE), con el fin de prevenir el abuso proveniente de una situación monopolista u oligopolista. El TPI anuló la Decisión porque consideró los efectos en el mercado en el sentido de que no se habría impedido la entrada de nueva competencia al mercado.

Además, respecto a que la Comisión tuvo muy en cuenta la situación monopolística de las empresas ferroviarios BR y SNCF en su Decisión, surge otra cuestión acerca de si la letra del art. 102 incluye la prevención de la creación o reforzamiento de situaciones monopolistas (como lo hace su homónimo americano la Secc. 2 del Sherman Act), si al exportar la EFD/DRE de origen americano no se tuvo en cuenta que esta doctrina también va unida a la prevención de la creación de situaciones monopolistas, lo que el art. 102 no puede aportar⁹⁵⁴, pues sólo castiga el abuso una vez producido y que por ello, se tenga que utilizar la vía del art. 101 TFUE.

Por último, indicar que el 19 de diciembre de 1997 se firmó un Acuerdo oficial entre los dos gobiernos británico y francés para extender la concesión a Eurotunnel hasta el año 2086, como parte de la muy cara reestructuración financiera de Eurotunnel.

2) Decisión HOV-SVZ/MCN (Maritime Container Network) de 1994: los abusos discriminatorios del ferrocarril alemán

La primera Decisión de la Comisión en que se aplica el principio de abuso de posición dominante en sentido estricto, art. 102 TFUE, al sector ferroviario como mercado relevante es la que se conoce como HOV-SVZ/MCN o Maritime Container Network⁹⁵⁵.

⁹⁵⁴ Aunque también se podría decir que si hasta ahora se ha negado una autonomía propia a la EFD porque las situaciones que recoge pueden igualmente ser castigadas bajo el art. 102, no es así en situaciones de prevención, por lo que es, en este sentido, donde la EFD podría desarrollarse como figura autónoma.

⁹⁵⁵ Decisión de 29 de marzo de 1994 HOV-SVZ/MCN, 94/210/CE, DO L 104 de 23.4.1994, p.

Ante la denuncia presentada por HOV-SVZ, una asociación de empresas del puerto de Rotterdam, la Comisión entendió que el ferrocarril germano, DB (Deutsche Bundesbahn), había actuado discriminatoriamente en las tarifas ferroviarias que cobraba a Intercontainer para el transporte de contenedores a través de los puertos de Holanda y Bélgica cuando se llevaban por ferrocarril a través de dichos países, y al contrario, en su favor, cuando el recorrido se hacía exclusivamente por DB en suelo germano a o desde puertos alemanes, al aplicar entonces tarifas más baratas.

El mercado relevante era el sector de servicios de carga ferroviaria en Alemania, y concretamente ofreciendo sus servicios de transporte al mercado secundario (*downstream market*) de operadores de transporte combinado de contenedores marítimos. Estos operadores no podían suministrar servicios de transporte por ferrocarril por sí solos, necesitaban que las compañías ferroviarias estatales les suministraran dichos servicios para poder operar sus propios servicios de transporte combinado de contenedores. Por tanto, aquí el *upstream market* era la infraestructura de ferrocarril, pero no únicamente las instalaciones de vías, material rodante, estaciones, plataformas, etc., sino que también lo eran los servicios de operación de trenes que ofrecían. En esta Decisión los servicios ferroviarios suministrados por DB en Alemania fueron considerados un recurso esencial, al que no tenían acceso otros operadores ferroviarios, puesto que DB constituía un monopolio legal nacional⁹⁵⁶.

De este modo, DB al ser el monopolio nacional actuaba como único prestador de servicios ferroviarios en territorio alemán, y Transfracht (que era filial de DB) actuaba como único operador de transporte combinado de contenedores marítimos en el mercado posterior de los transportes terrestres a través de puertos alemanes.

A) Análisis de la Decisión de la Comisión en el marco del art. 102 TFUE

DB usó su posición dominante en el mercado de servicios de transporte por ferrocarril para imponer precios de venta discriminatorios para prestaciones equivalentes (art.

34.

⁹⁵⁶ El término ‘esencial’ es nombrado en la Decisión de la Comisión en su Considerando 73: “DB supplies the essential rail services for all of the transport in Germany, and Transfracht acts as combined transport operator”. En el 128: “...with the essential rail services described above being purchased from the railway undertakings”. En el 132: “...on that market for the provision of essential rail transport services to the operators”. Por su parte, la sentencia del TPI, ya que fue recurrida la Decisión como se verá más adelante, dice en el punto 3: “...essential railway services such as railway traction services and access to railway infrastructure”. En el 56: “As may be seen from the case-law, a sub-market which has specific characteristics from the point of view of demand and supply and which offers products which occupy an essential and non-interchangeable place in the more general market of which it forms part must be considered to be a distinct product market”.

102,c)) en el mercado secundario de operaciones de transporte combinado de contenedores marítimos desde o con destino a Alemania a través de puertos neerlandeses, belgas y alemanes, con el fin de promocionar los servicios de su compañía, no solo los servicios de ferrocarril, sino que también los servicios de su filial, Transfracht, servicios de transporte combinado. Por tanto, además ello afectaba al comercio entre Estados-miembros, que es uno de los requisitos de aplicación del art. 102 TFUE.

Estas diferencias en las tarifas resultaban particularmente inaceptables, teniendo en cuenta que la competencia de los demás modos de transporte era mucho mayor en los itinerarios del Oeste, a través de Amberes y Rotterdam, que en los del Norte (a través de Bremen y Hamburgo), y que en otras circunstancias los precios del transporte ferroviario para los itinerarios del Oeste deberían haber sido los más baratos, y por el contrario eran los más caros. Lo que, además, trajo como consecuencia el deterioro de la situación competitiva del transporte combinado ferroviario de mercancías frente al transporte por carretera, en contra de los objetivos de política ferroviaria en el seno de la UE⁹⁵⁷.

A efectos del art. 102 TFUE, la Comisión realizó el análisis tradicional, empezando por definir el mercado de referencia estableciendo una distinción entre los diferentes niveles del proceso económico. Distinguió, pues, entre el mercado en el que ejercía su actividad DB, mercado de los transportes ferroviarios en Alemania, y el mercado derivado en el que intervenían los operadores de transporte combinado. La Comisión analizó y definió los dos mercados:⁹⁵⁸

Por consiguiente, las empresas ferroviarias y los operadores de transporte combinado no intervienen en el mismo nivel del proceso económico. Los operadores de transporte combinado intervienen efectivamente en el mercado de los transportes terrestres de mercancías, en el que compiten parcialmente con los demás modos de transporte. En

⁹⁵⁷ Véase al respecto el cap. I, epígrafe III.

⁹⁵⁸ En este sentido son significativos también los siguientes párrafos: (párr. 126) “En materia de transporte combinado de mercancías, es excepcional la venta por las empresas ferroviarias de sus prestaciones a cargadores, armadores o agentes de transporte.” Siendo estos el consumidor final, (párr. 127). Los servicios prestados por las empresas ferroviarias consisten esencialmente en el suministro de la locomotora, la puesta a disposición de un conductor, el acceso a la infraestructura ferroviaria y la coordinación internacional de estos servicios entre las distintas empresas participantes. (128) La venta a los cargadores, armadores, etc., corre por cuenta de operadores que realizan y comercializan servicios de transporte combinado con sus propios vagones o con vagones arrendados, para lo que compran los servicios ferroviarios imprescindibles mencionados anteriormente a las empresas ferroviarias. (136) Resulta, pues que las empresas ferroviarias establecen una distinción entre los servicios ferroviarios que sólo pueden vender ellas y el nivel intermediario de los operadores, que disponen de un material específico, de unos conocimientos propios y que prestan servicios específicos.

cambio, las empresas ferroviarias intervienen en una fase anterior de este mercado, ya que prestan servicios ferroviarios (tracción, acceso a la infraestructura, coordinación internacional de estos servicios) a los operadores (párr. 130)

Los operadores de transporte combinado son empresas que han realizado inversiones muy importantes en material, especialmente en vagones especializados y máquinas de manutención, que sólo pueden ser utilizados para el transporte combinado ferroviario y requieren un largo período de amortización. Por consiguiente, resulta imposible en términos económicos para estas empresas modificar su actividad y prestar, por ejemplo, servicios de transporte por carretera o por vía navegable. En el contexto de sus actividades, estos operadores de transporte sólo disponen de las posibilidades de prestación de servicios ferroviarios que propongan las empresas ferroviarias (párr. 137).

En el presente caso, los servicios ferroviarios prestados por DB son por tanto los únicos⁹⁵⁹ que pueden satisfacer las necesidades constantes de los operadores de transporte combinado que intervienen, total o parcialmente, en Alemania (párr. 138).

Gráficamente se puede representar en tres niveles, como sigue:

Diferentes niveles de un proceso económico (art. 102 TFUE).

Mercado DE SERVICIOS FERROVIARIOS □ (tracción, acceso a la infraestructura, coordinación internacional de estos servicios, oferta operación de los trenes)

□

Solo por las EMPRESAS FERROVIARIAS (Monopolios legales): DB

□

Mercado DE TRANSPORTE TERRESTRE DE CONTENEDORES
MARITIMOS procedentes o con destino a Alemania

□

- Operadores de transporte combinado: Transfracht e Intercontainer
 - Empresas de transporte por carretera
 - Empresas de transporte por vía navegable

□

USUARIO FINAL:

Armadores
Cargadores
Agentes de transporte

⁹⁵⁹ Se constituyen así en un recurso esencial. Para los operadores de transporte combinado no hay sustituto real o potencial a los servicios ferroviarios de DB.

Una vez identificado el mercado de referencia⁹⁶⁰, es decir, el mercado de prestación de servicios ferroviarios en Alemania, la Comisión pasó a determinar la posición de DB en el mismo, concluyendo que al disponer de un monopolio legal en el territorio de un Estado miembro ocupaba una posición dominante en una parte del mercado común a efectos del art. 102.

Respecto al examen de las prácticas abusivas, DB controlaba totalmente el nivel de las tarifas aplicadas por los operadores de transporte combinado Intercontainer y Transfacht, ya que solo los servicios ferroviarios constituyen un promedio de dos tercios del precio de venta final del transporte combinado del operador, lo que le daba la posibilidad de discriminar en la tarifas aplicadas entre los transportes realizados a través de los puertos del norte y del oeste. Por tanto, si se aplicaban precios distintos para prestaciones equivalentes, había que examinar si estas diferencias estaban justificadas por elementos objetivos, lo que implicaba analizar la estructura tarifaria⁹⁶¹, y concluyéndose que los factores examinados no justificaban la diferencia de estructura tarifaria.

Por último para valorar el abuso se examinaron los efectos económicos de las prácticas examinadas en el párr. 251, donde se concluyó que desde 1989 a 1991 aumentó el tráfico por los puertos de Alemania un 20% frente a una reducción del 10% por los puertos del oeste (Rotterdam y Amberes); aumentando también el tráfico de DB, mientras que el tráfico por ferrocarril internacional desde los puertos de Benelux era muy escaso y orientándose hacia un tráfico por carretera y vías navegables.

Asimismo, estas prácticas de abuso generaban otra serie de efectos, tales como:

- Compartimentación de los mercados en contra del objetivo del mercado único;

⁹⁶⁰ El mercado de referencia puede ser el mercado anterior o incluso el derivado, localizándose donde se sitúa el input esencial.

⁹⁶¹ Para ello se examinaron determinados factores que influían en el precio, como la distancia de los trayectos, la situación competitiva de los agentes del mercado, o los costes de producción. Dentro de los costes de producción se analizaron las diferencias de volumen de tráfico (el transporte de contenedores aislados ocasiona más gastos que los trenes completos), la calidad de las infraestructuras ferroviarias (por kilometraje de vía férrea), la calidad de las instalaciones de los puertos (organización y costo de transbordo de contenedores), gastos de paso de los trenes en las fronteras (como por ej. el cambio de locomotora). Se concluyó que existían dos estructuras de tarificación: un sistema de precios competitivo y flexible aplicado a los tráficos de los puertos del norte (KLV-Neu) y, para los itinerarios del oeste, una estructura que no respondía a la situación competitiva y que resultaba muy difícil modificar.

- Desvío de los tráficos, también en contra del mercado único, pero que además traía como consecuencia que los operadores económicos en Holanda y Bélgica optaran para sus tráficos por el uso de los otros modos de transporte terrestre, carretera y vías fluviales en detrimento del ferrocarril;
- Obstaculización del desarrollo del transporte ferroviario en contra de la política comunitaria de revitalización de este sector.

La Comisión impuso a Deutsche Bahn la finalización de sus prácticas discriminatorias y una multa de 11 millones de ecus, puesto que se trataba de un monopolio legal con un input indispensable (sus servicios ferroviarios) para que los operadores de transporte combinado pudieran ofrecer sus servicios al usuario final, y que, abusando de su posición monopolística, incurrió en prácticas discriminatorias en contra de otros competidores existentes y potenciales, por tanto, afectando a la competencia en el mercado derivado y sin contar con una justificación objetiva, con el fin de favorecer sus propios servicios y los de su filial en el mercado derivado, cerrando este a sus competidores. En este caso, DB estaba presente en ambos mercados, en el derivado a través de su filial, por ello, puede considerarse un abuso competitivo. El análisis realizado por la Comisión utilizó los mismos criterios que en el asunto *Bronner*.

B) Análisis de la Decisión de la Comisión en el marco del art. 101 TFUE

Por otra parte, en esta misma Decisión también se aplicó el art. 81 TCE (art. 101 TFUE), ya que la Comisión declaró el acuerdo de cooperación para la prestación de servicios de transporte de contenedores marítimos, denominado “Maritime Container Network” (MCN) y celebrado entre los ferrocarriles alemanes, los neerlandeses, los belgas, Transfracht e Intercontainer, contrario al art. 101(1). El objeto de MCN era la comercialización conjunta de las prestaciones de transporte combinado de sus miembros, sobre la base de una estructura de tarificación común. Este acuerdo fue en realidad una reacción a las discriminaciones practicadas por los ferrocarriles alemanes, pero decepcionó a los participantes pues solo sirvió para reforzar aún más la posición de DB⁹⁶². En vista de lo anterior y de que las empresas pusieron fin al acuerdo al recibir el pliego de cargos de la Comisión, ésta no les impuso multas por haber participado en él.

A efectos del art. 101 TFUE, la Comisión examinó el concepto de mercado (considerandos

⁹⁶² Una vez más vemos como en un caso de recurso esencial, como son los servicios ferroviarios de DB, se aplica el art. 101 para impedir un acuerdo que ha llevado al reforzamiento de una posición de dominio, ya que el art. 102 incluyera la prevención de la creación o reforzamiento de posiciones monopolistas (como su análogo americano).

54 y 58) incluyéndose en el mismo los servicios en competencia efectiva con el transporte ferroviario de contenedores marítimos, por lo que el mercado resulto ser el transporte terrestre de contenedores marítimos procedentes o con destino a Alemania, que transitan por un puerto belga, neerlandés o alemán. Se excluyen de este mercado como consecuencia, el transporte marítimo o el transporte terrestre de mercancías a granel sin contenedor. En relación al mercado geográfico, la competencia potencial era ejercida por otros modos de transporte (carretera/ vías fluviales) o por otros ejes de transporte o rutas. Así, también se cumple el requisito del art. 101 de afectar al comercio entre Estados-miembros.

La Comisión consideró que con el acuerdo se restringiría la competencia real o potencial entre:

- entre Intercontainer y Transfracht,
- entre las empresas ferroviarias en la venta directa de servicios de transporte combinado a cargadores o armadores,
- entre las empresas ferroviarias, por una parte, e Intercontainer y Transfracht, por otra, en la venta de servicios de transporte a los cargadores y armadores,
- la existencia del acuerdo MCN confería asimismo a Transfracht e Intercontainer una ventaja competitiva importante, merced a las relaciones privilegiadas que el acuerdo establecía con las empresas ferroviarias que prestaban servicios ferroviarios cuyo coste representa una parte esencial del precio⁹⁶³ de venta final de los operadores,
- resulta más difícil el acceso de nuevos competidores que no dispusieran de las mismas ventajas que Transfracht e Intercontainer.

En el mismo nivel de un proceso económico (art. 101 TFUE): Acuerdo de cooperación MCN.

| Mercado de servicios de transporte terrestre de contenedores marítimos procedentes o con destino a Alemania | |
|---|--|
| <input type="checkbox"/> (Monopolios ferroviarios nacionales): DB, NS y SNCB <input type="checkbox"/> + Transfracht e Intercontainer = MCN | <input type="checkbox"/> por otros modos de transporte (Empresas de transporte por carretera / Empresas de transporte por vías fluviales) <input type="checkbox"/> por otros ejes de transporte o rutas |

⁹⁶³ Téngase en cuenta como se dice en el párr. 42 de la Decisión Eurostar, que se ve más adelante, que “una parte importante de los costes totales operativos de EUKL, - esto es, la tarifa por el uso del túnel de La Mancha, que asciende a [30-40] % de los costes totales - esta efectivamente fijada para varios años”. En general, los costes fijos que han de soportar los operadores ferroviarios por el acceso a los servicios de infraestructura son muy altos.



| |
|--|
| USUARIO FINAL |
| Armadores Cargadores Agentes de transporte |

La Comisión concluyó que el objeto esencial del acuerdo era regular las condiciones de comercialización de los servicios de transporte combinado de contenedores marítimos en el marco de una oferta única prestada por Intercontainer y Transfracht en calidad de operadores (considerandos 95 y 96), sin que el acuerdo supusiera una mejora técnica ni garantizara la cooperación técnica, sin que se experimentara modificación alguna en la calidad de los servicios ni una mejora de la productividad de estas empresas o un progreso técnico o económico, por lo que tampoco procedía una exención en el sentido del apartado 3 del art. 101.

La Decisión fue recurrida por DB ante el TPI⁹⁶⁴, que desestimó el recurso en su totalidad. A su vez, la sentencia del TPI fue posteriormente recurrida en casación ante el TJCE, que desestimó el recurso en parte por su manifiesta inadmisibilidad y en parte por infundado⁹⁶⁵.

Consideramos que la Decisión realizaba un análisis exhaustivo (pues incluso analiza los efectos económicos en el mercado del abuso), consecuente y bien estructurado, sobre todo al distinguir entre el abuso de DB bajo el art. 102 y la incompatibilidad con la competencia del acuerdo de cooperación MCN bajo el art. 101 y al considerar como un recurso esencial los servicios ferroviarios que sólo podía prestar DB en Alemania. Parece ser que también lo entendió así el TPI y el TJCE, pues desestimaron los recursos interpuestos.

3) *European Night Services* de 1994: barreras de acceso a la infraestructura ferroviaria

La Decisión *Night Services*⁹⁶⁶ afectaba a varios acuerdos. El primero de los acuerdos

⁹⁶⁴ Sentencia del TPI de 21 de octubre de 1997, asunto T-229/94 *DEUTSCHE BAHN AG c/ Comisión*, Rec. 1997 página II-1689.

⁹⁶⁵ Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de abril de 1999. - Deutsche Bahn AG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto C-436/97.

⁹⁶⁶ Decisión de la Comisión 94/663/CE, de 21 de septiembre de 1994, (Asunto IV/34.600), *Night Services*, (DO L 259/20). Ver también XXIV Informe sobre la política de competencia 1994,

celebrado entre cinco compañías ferroviarias públicas (BR, SNCF, DB, NS y SNCB, esta última en condiciones especiales⁹⁶⁷) para crear una empresa en participación o *joint venture*, llamada ENS, para la común comercialización de los trenes nocturnos de pasajeros en cuatro rutas entre el Reino Unido y la Europa continental, a saber, Londres-Amsterdam, Londres-Frankfurt/Dortmund, Glasgow/Swansea-París, y Glasgow/Plymouth-Bruselas⁹⁶⁸.

El segundo tipo de acuerdos notificados lo constituían los acuerdos de explotación celebrados entre ENS y las empresas ferroviarias nacionales interesadas, en virtud de los cuales cada una de ellas se comprometía a suministrar a ENS determinados servicios, entre ellos los servicios de tracción ferroviaria en su respectiva red (locomotora, personal y turnos horarios), servicios de limpieza a bordo y de mantenimiento del equipo, y servicios a los pasajeros⁹⁶⁹. EPS (filial de BR) y SNCF se comprometían además a suministrar el servicio de tracción ferroviaria a través del túnel bajo el Canal de la Mancha.

Respecto a este segundo tipo de acuerdos, la Comisión concedió una exención por un período transitorio de ocho años, condicionándola a que las compañías ferroviarias suministraran, en los mismos términos técnicos y financieros, a cualquier agrupación internacional de compañías ferroviarias o a cualquier operador de transporte que deseara operar trenes de pasajeros nocturnos a través del *Channel Tunnel*, los mismos servicios que habían acordado suministrar a la *joint venture* ENS. La Decisión en el asunto *Night Services* demuestra la importancia que la Comisión atribuía a la introducción de nuevos servicios de transporte ferroviario de gran calidad coincidiendo con la apertura del túnel del Canal. Estos nuevos servicios de transporte suponían una alternativa a los servicios tradicionales de transporte por mar o por aire, y por tanto, aumentaban la competencia entre modos de transporte.

Esta Decisión fue anulada por el TPI⁹⁷⁰, que considero que el análisis de la Comisión, en

párr. 189 y 190.

⁹⁶⁷ Para entender este asunto hemos de tener en cuenta que en aquel momento BR es el gestor de infraestructura para la red ferroviaria británica, SNCF es el monopolio ferroviario francés, DB es el monopolio ferroviario alemán, NS es el monopolio ferroviario holandés y SNCB el monopolio ferroviario belga.

⁹⁶⁸ Rutas que para la Comisión constituían el mercado geográfico.

⁹⁶⁹ Véase el epígrafe V-3. de este capítulo en relación al mercado de los servicios ferroviarios relacionados.

⁹⁷⁰ Sentencia del TPI de 15 Septiembre de 1998, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS)*, *Eurostar (UK) Ltd* (anteriormente

relación con el mercado relevante y los efectos restrictivos de la competencia que producía el acuerdo, era infundado y erróneo.

A) Análisis de la Decisión de la Comisión

La Decisión de la Comisión distinguió dos mercados de servicios pertinentes: por una parte, un mercado de transporte de pasajeros por motivos profesionales para los que el transporte aéreo en vuelo regular, el transporte ferroviario de alta velocidad y los servicios ferroviarios ofrecidos por ENS constituían sistemas de transporte alternativos, y por otra parte, un mercado de transporte de personas que efectúan viajes de ocio, para quienes los servicios alternativos pueden ser el avión en clase económica, el tren, el autobús y, en algunos casos, el automóvil particular. Por otra parte, la Decisión indicaba que las empresas ferroviarias fundadoras de ENS continuaban actuando prioritariamente en un mercado anterior al de ENS, esto es, el de los servicios ferroviarios *indispensables* que las empresas ferroviarias vendían a operadores de transporte, como la propia ENS.

La empresa en participación ENS constituía pues un acuerdo que entra en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE, al igual que los acuerdos de explotación celebrados por ella con cada una de las empresas ferroviarias fundadoras. En el marco de esta disposición, la Comisión entendió que de los acuerdos con ENS se derivarían restricciones de la competencia, entre los mismos fundadores, así como con las eventuales nuevas empresas ferroviarias, incluidas las filiales de empresas existentes, y asimismo, con operadores de transporte capaces de competir con ENS, por razón de la relación privilegiada que mantenía ENS con sus matrices y que no tendrían esos operadores potenciales⁹⁷¹.

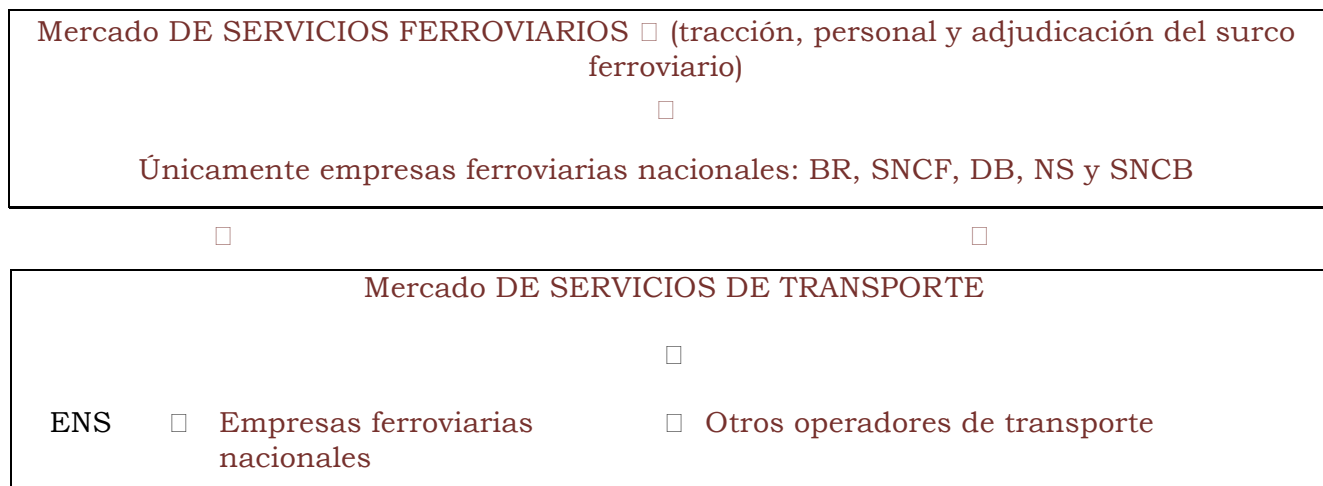
Los mercados se definieron muy ampliamente, es decir, como mercados de transporte en general, simplemente distinguiendo entre pasajeros por motivos de trabajo o por motivos de ocio. Si bien la Comisión pretendió con esta Decisión proteger la competencia potencial al condicionar los acuerdos en el sentido del art. 101-3 TFUE, puesto que era

European Passenger Services Ltd (EPS)), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) contra Comisión.

⁹⁷¹ De acuerdo con lo dicho en la nota al pie anterior, vemos que la competencia que se afecta es en relación al primer tipo de acuerdo, porque todos son competidores con todos. Es muy diferente el supuesto de los acuerdos entre cada una de las empresas ferroviarias nacionales y ENS porque entonces no son competidores, sino que se trata de una empresa que suministra un input a otra que lo necesita para operar en el mercado derivado en el que está presente. Aquí no entra en aplicación el art. 101, ni tampoco el art. 102 porque es una separación vertical.

previsible una monopolización del mercado derivado por las empresas ferroviarias colectivamente dominantes a través de la constitución de la *joint venture* ENS.

Gráficamente los mercados que tenían que haberse definido son:



B) Análisis de la sentencia del TPI

La Decisión fue anulada por cuatro motivos que analizó el TPI:

- 1 ☐ *El primer motivo: el acuerdo de creación de ENS no tenía por objeto ni por efecto restringir la competencia, al contrario de lo apuntado por la Comisión. El presente motivo, a su vez, consta de dos partes:*

- a) la primera parte, basada en la definición errónea del mercado de referencia y en la inexistencia de efecto sensible de los acuerdos ENS sobre el comercio entre los Estados miembros.

A este respecto, el Tribunal explicó que la Decisión impugnada no contenía referencia alguna a las cuotas de mercado de ENS ni a las cuotas de mercado de otros operadores, competidores de ENS, que estaban también presentes en los diferentes mercados intermodales. De ello se deduce que, al no existir en la Decisión impugnada tales criterios de análisis del mercado pertinente, el Tribunal no estaba en condiciones de pronunciarse sobre la cuestión de si las supuestas restricciones de competencia tenían un efecto sensible sobre el comercio entre Estados miembros (y se hallaban comprendidas por tanto en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado), en especial habida cuenta de la competencia intermodal que caracterizaba, según la propia Decisión, los dos mercados de servicios afectados. ENS actuaría en

mercados dominados en buena medida por otros medios de transporte, tales como el avión, por lo que era necesario una motivación suficiente sobre las razones por las que la Comisión consideraba que la prohibición del apartado 1 del artículo 81 del Tratado era aplicable a dichos acuerdos.

- b) la segunda parte se basaba en la inexistencia de efectos restrictivos de la competencia derivados de dichos acuerdos. El Tribunal falló lo mismo que en la parte anterior, que la Decisión impugnada adolecía de falta o insuficiencia de motivación.

En este punto lo que se debatía (y se concluyó) era que los acuerdos ENS no restringían la competencia, al contrario de lo que apuntaba la Comisión-:

- ni entre los fundadores
- ni entre éstos y ENS
- ni frente a terceros

Y ello porque como puede verse en el párr. 150 de la sentencia: “Por lo que respecta, en primer lugar, a las relaciones privilegiadas entre ENS y las empresas ferroviarias interesadas, procede señalar que el análisis de la Comisión parte de la premisa de que el mercado ferroviario de transporte de viajeros se escinde en dos mercados, un primer mercado relacionado con la prestación de los «servicios ferroviarios indispensables» (tramos horarios, locomotoras especializadas y personal de las mismas) y un segundo mercado relacionado con el transporte de viajeros, en el que operan junto a las empresas ferroviarias operadores de transporte como ENS. Según la Decisión, las empresas matrices podrían abusar de su posición dominante en el primer mercado negándose a prestar los servicios ferroviarios indispensables a terceros, competidores de ENS, que operaran en el segundo mercado.”

Para entender el análisis llevado a cabo por el TPI es fundamental tener en cuenta el contexto legal y de mercado del momento para el mercado ferroviario de pasajeros en la Comunidad Europea⁹⁷². Así transcribimos el parr. 139: “*Este Tribunal observa que, según los autos del asunto, antes de la adopción de la Directiva 91/440, las empresas ferroviarias de los Estados miembros no se*

⁹⁷² Que hemos estudiado en el capítulo I, epígrafe III en los primeros tres subepígrafes.

encontraban en situación de competencia actual ni de competencia potencial, y ello a causa de la existencia de derechos exclusivos que impiden, material o jurídicamente, en la mayoría de los Estados miembros la prestación de servicios de transporte internacional de pasajeros y el acceso a la infraestructura (red nacional). Tal como han subrayado las partes, antes de que se adoptara esta Directiva, en la Comunidad dichos servicios se prestaban únicamente en virtud de acuerdos de cooperación tradicionales entre las empresas ferroviarias que operaban en las diferentes redes afectadas. Sin embargo, tras la adopción de la Directiva 91/440, la situación de la competencia en el mercado ferroviario se ha modificado de tal modo que las empresas ferroviarias que operan en las redes nacionales han pasado a ser, en cierta medida, competidores potenciales en lo que respecta al transporte internacional de viajeros, a condición de que formen «agrupaciones internacionales» con otras empresas ferroviarias establecidas en otros Estados miembros a fin de prestar servicios de transporte internacional entre dichos Estados miembros (artículos 3 y 10 de la Directiva⁹⁷³).»

Con arreglo al artículo 10 de la Directiva 91/440, una línea internacional sólo podía ser explotada por una agrupación internacional constituida por las empresas ferroviarias establecidas en el país de origen y país de destino de los

⁹⁷³ Directiva 91/440: Art. 3. A efectos de la presente Directiva se entenderá por ‘empresa ferroviaria’: cualquier empresa privada o pública cuya actividad principal consista en prestar servicios de transporte de mercancías y/o viajeros por ferrocarril, debiendo ser dicha empresa en todo caso quien aporte la tracción; por ‘agrupación internacional’: cualquier asociación de al menos dos empresas ferroviarias establecidas en Estados miembros distintos, con el fin de prestar servicios de transportes internacionales entre Estados miembros. Art. 10 (1): Se reconocerá a las agrupaciones internacionales el derecho de acceso y de tránsito en los Estados miembros en que estén establecidas las empresas ferroviarias que las constituyan, así como el derecho de tránsito en los demás Estados miembros para prestaciones de servicios de transporte internacionales en las conexiones entre los Estados miembros en que estén establecidas las empresas que constituyan dichas agrupaciones. Art. 6(1): Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la separación contable entre las actividades relativas a la explotación de los servicios de transporte y las referentes a la administración de la infraestructura ferroviaria. Este art. 6 (1) es lo que marca la diferencia, y que no nombra la sentencia en toda su exposición. Aunque es la separación mínima que se puede dar en un monopolio vertical integrado, como lo eran las empresas ferroviarias nacionales, esto es, la separación contable, con ella se están diferenciando dos tipos de actividades: la gestión de la infraestructura de la gestión de los servicios de transporte, que aun con la simple separación contable, pueden ser llevados a cabo por la misma empresa ferroviaria (como los antiguos monopolios nacionales) o que los servicios indispensables de gestión de la infraestructura los lleve a cabo la empresa ferroviaria (esta siempre porque ha de aportar la tracción) y los servicios de transporte en sí mismos los lleve a cabo o un operador de transporte o una agrupación internacional. Desde el momento que ENS necesita contratar con cada una de las empresas ferroviarias los servicios indispensables, estas últimas actúan en otro mercado, por ser las mismas empresas ferroviarias las que conforman ENS, aunque con el acuerdo ENS se constituyera una entidad distinta que además contrato separadamente con cada empresa ferroviaria nacional.

países afectados, que eran los únicos «socios obligatorios» a la hora de constituir una agrupación internacional de este tipo en cada línea (o sea, las empresas ferroviarias en los países de tránsito no son obligatorias⁹⁷⁴).

Por tanto, para el TPI no podían existir restricciones de la competencia potencial entre los participantes en los acuerdos ENS puesto que, con arreglo a la Directiva 91/440, ninguna de las empresas ferroviarias estaría en condiciones de explotar por sí sola una u otra de las líneas de que se trata, sino que estaría obligada a participar en una agrupación internacional. Además, ninguna cláusula de los acuerdos ENS impedía a los participantes participar en otra agrupación que compitiera con ENS⁹⁷⁵.

El Tribunal instó a la Comisión a indicar si algunas empresas ferroviarias establecidas en los Estados miembros disponían de filiales que tuvieran el estatuto de empresa ferroviaria, en el sentido de la Directiva 91/440, en otros Estados miembros, siendo la respuesta negativa. Asimismo, el argumento de la Comisión según el cual cada empresa ferroviaria podría actuar como «operador

⁹⁷⁴ Por ejemplo, de la línea Londres-Amsterdam, en el momento de los hechos los únicos socios obligatorios eran EPS y NS. En este punto, las demandantes y ENS alegan que la participación de SNCF y de DB en dicha agrupación no podía tener efectos sobre la competencia actual, pues, en el marco que establece la Directiva 91/440, ninguna de estas dos empresas ferroviarias tendría la posibilidad de competir con EPS y NS en dicha línea (sólo podían serlo las empresas ferroviarias del país de origen y del de destino).

⁹⁷⁵ La Comisión había recurrido a la figura del operador de transporte para explicar su posición, así partía de la idea de que, en el mercado del transporte ferroviario de viajeros, existen, junto a las empresas ferroviarias, otra clase de agentes económicos, los operadores de transporte, que prestan el mismo servicio que las empresas ferroviarias, es decir, el transporte de pasajeros, pero comprando o alquilando a estas últimas los «servicios ferroviarios indispensables», a saber, las locomotoras, el personal de las mismas y el acceso a la infraestructura. Al ser la sociedad ENS, según la Decisión, un operador de transporte, podría pues verse sujeta a la competencia de operadores de transporte que sean filiales especializadas creadas por las empresas ferroviarias, o bien de estas últimas actuando directamente en el mercado como operadores de transporte, de modo que su creación supondría una restricción para la libertad de las partes de operar individualmente como operadores de transporte en el mercado de que se trata. Por tanto, según la Comisión «el acceso de las empresas ferroviarias y de los operadores de transporte al segmento ferroviario del mercado pertinente podría sin embargo, verse obstaculizado, en razón del hecho de que los participantes en ENS son empresas ferroviarias poderosas, que controlan a la vez la utilización de la infraestructura ferroviaria y la oferta de servicios de tracción.» La Comisión debía de haber definido el mercado o mercados claramente desde un principio. Si definió los dos mercados como el de pasajeros de negocios y pasajeros turistas en cada una de las cuatro rutas del Túnel de La Mancha, no puede esperar añadir o sustituirlos ahora por otros dos mercados: el mercado de los servicios ferroviarios indispensables y el mercado de los operadores de transporte. Y a esto se aferraron las partes, como demuestra el párr. 114 de la sentencia: «...la posibilidad de excluir el acceso de terceros debe apreciarse tomando como referencia los mercados intermodales afectados en los que operará la empresa común y en los que existen otros medios de transporte alternativos. Ahora bien, dicho análisis se basa en una definición del mercado diferente, a saber, el mercado de suministro de los servicios ferroviarios indispensables, que es distinta de la definición expresamente fijada en la Decisión.»

de transporte» ferroviario fuera del país en el que estuviera establecida, comprando a las empresas afectadas los servicios ferroviarios indispensables, partía de una descripción poco realista del mercado e incompatible con el régimen (de agrupación internacional) que establecía la Directiva 91/440.

En otras palabras, para el TPI no podía producirse una restricción de la competencia porque no había competencia efectiva en el mercado conforme al contexto legal y de mercado del momento.

2□ El segundo motivo, al aplicar las normas sobre la competencia, la Comisión ha sobrepasado los límites del marco normativo que traza la Directiva 91/440.

Al hilo de este motivo, que está muy relacionado con el anterior, son las empresas ferroviarias demandantes en este caso las que plantearon la EFD/DRE, sobre la que consecuentemente tuvo que pronunciarse el TPI. Así, dice el parr. 168: *“Las demandantes añaden que la creación de esta nueva categoría de operadores de transporte, combinada con el hecho de considerar los servicios ferroviarios indispensables «recursos esenciales», tiene por efecto vaciar de contenido la Directiva 91/440, ya que, invocando su pretendida condición de operador de transporte⁹⁷⁶, cualquier empresa ferroviaria podría de hecho exigir el acceso a las redes ferroviarias en los Estados miembros sin verse obligada a cumplir los requisitos que impone la Directiva, a saber, estar establecida en uno de los Estados miembros o haber constituido una agrupación con una empresa ferroviaria establecida en*

⁹⁷⁶ En los párr. 163 y 164, las partes exponen: “Con arreglo a la Directiva, los derechos de acceso y de tránsito únicamente se conceden a las empresas que tengan el estatuto de empresas ferroviarias y a las agrupaciones internacionales de las mismas. Además, la Directiva sólo se refiere a los derechos de acceso a la infraestructura, y no concede derechos relativos al suministro de servicios ferroviarios tales como el servicio de tracción (locomotoras y personal de tránsito). Tampoco contiene reglas para separar la gestión de las locomotoras y del personal de los trenes de la explotación de los demás servicios ferroviarios. Por las razones que se acaban de citar, la distinción entre empresas ferroviarias y operadores de transporte efectuada por la Comisión constituye pues una distinción artificial, ya que por razones relacionadas con la seguridad y la responsabilidad por los riesgos del transporte, únicamente las empresas ferroviarias están autorizadas a matricular vagones y a transportar personas a través de la infraestructura ferroviaria. Aparte de las empresas ferroviarias y de las agrupaciones internacionales que ellas creen, ninguna otra persona puede pues, en su opinión, ofrecer al público servicios de transporte de viajeros. Ello no excluye la posibilidad de que una empresa ferroviaria ponga un tren entero a disposición, por ejemplo, de una cadena hotelera, e incluso de que alquile los vagones, pero, aún en dicho supuesto, la empresa ferroviaria continuaría siendo el operador de transporte que soporta todos los riesgos inherentes a los servicios de transporte. En este ejemplo, la cadena hotelera se limitaría por su parte a vender al público plazas de transporte en butacas o en literas de tren. Según las demandantes, la actividad esencial de las empresas ferroviarias no es suministrar un servicio básico consistente en hacer circular locomotoras por las redes ferroviarias a petición de los operadores de transporte, permitiendo así a estos últimos enganchar vagones a una locomotora de una empresa ferroviaria y hacerlos circular por una línea dada, sino suministrar directamente al público servicios integrados de transporte de viajeros”.

uno de los Estados miembros. Las demandantes sostienen además que, al obligar a las empresas ferroviarias a suministrar locomotoras con su personal a los operadores de transporte en las mismas condiciones técnicas y económicas que las concedidas a su agrupación, la Comisión ha olvidado que el derecho de acceso a la infraestructura está sujeto al requisito previo de poder aportar la tracción y, por tanto, de ostentar la condición de empresa ferroviaria o de agrupación de empresas ferroviarias. Las condiciones impuestas por la Comisión obligan indirectamente a los participantes en agrupaciones internacionales a prestar los «servicios ferroviarios indispensables» a su agrupación en condiciones no privilegiadas, privándoles así de su libertad para determinar las condiciones comerciales en las que prestan sus servicios a terceros. Los participantes en una agrupación podrían verse así obligados a compartir con cualquier empresa tercera los beneficios de su cooperación, sin que esta última hubiera participado ni en los costes de la ejecución de un proyecto innovador ni en los riesgos comerciales que de ella se derivan»⁹⁷⁷.

El TPI se pronuncia sobre la aplicación de la EFD/DRE explicando la postura de todas las partes implicadas, citándose incluso Jurisprudencia relativa a la misma Doctrina, en estos términos: (párr. 173) “Según la Comisión, ENS no ejerce por sí misma el derecho que la Directiva concede a las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias, a saber, el derecho a explotar sus propios trenes aportando su propia tracción ferroviaria, porque debe comprar estos servicios a sus empresas fundadoras y a SNCB. Por consiguiente, ENS no forma parte del ámbito cubierto por la Directiva, pues en realidad no es sino una variante de la fórmula tradicional de cooperación entre empresas ferroviarias y, en contra de lo que afirman las demandantes, ENS y las empresas ferroviarias interesadas no operan pues en el mismo mercado. En apoyo de su argumentación, según la cual ENS y las empresas fundadoras operan en dos mercados distintos, la Comisión invoca la jurisprudencia según la cual, en ciertos casos, es necesario establecer una distinción entre dos mercados que, a pesar de estar vinculados, no por ello dejan de ser distintos (sentencias del Tribunal de Justicia *Commercial Solvent*, *Hugin*, *CBEM* conocida como *Telemarketing*, y *Magill*). El Tribunal observa que, según la Decisión impugnada, las empresas ferroviarias interesadas están presentes en dos mercados, un primer mercado, a saber, el mercado de la prestación de servicios ferroviarios indispensables, y un segundo

⁹⁷⁷ Como vemos, argumentos que se aducen normalmente en contra de la aplicación de la EFD. De influencia americana es que indiquen que se coarta la libertad de la empresa de contratar cómo y con quien la misma empresa considere adecuado (Doctrina *Colgate*, como ya hemos visto en el epígrafe III-1 de este capítulo). Los demandantes están indicando, justo lo que quiere evitar la Comisión, que las empresas ferroviarias usen su posición dominante como gestores de infraestructura cuando permanecen como empresas integradas para favorecer sus actividades de servicios de transporte en contra de nuevos operadores imponiéndoles “condiciones no privilegiadas”.

mercado, a saber, el mercado de la prestación de servicios de transporte de pasajeros. En este último mercado operan no sólo las empresas ferroviarias, sino también otro tipo de empresas, los operadores de transporte, que sin embargo se ven obligados, para poder operar en este mercado, a comprar previamente los servicios ferroviarios indispensables suministrados por las empresas ferroviarias en el primer mercado. ENS constituye, según la Comisión, un ejemplo concreto de dicho grupo de operadores de transporte, por lo que, en su opinión, todo trato privilegiado concedido a esta última por las empresas notificantes debe concederse igualmente a terceros, ya sean agrupaciones internacionales u operadores de transporte, en las mismas condiciones técnicas y económicas... En su condición de empresas ferroviarias que ejercen los derechos que les reconoce la Directiva, los fundadores, en vez de dotar directamente a su empresa en participación del material y del personal necesario para desarrollar sus funciones en el mercado, pueden proporcionárselo mediante acuerdos de cooperación celebrados con ella, sin que el hecho de optar por este tipo de organización del funcionamiento de la empresa en participación pueda afectar a su calificación jurídica de agrupación internacional en el sentido de la Directiva 91/440, y de que ENS debiera operar en el mercado como operador de transporte. Consta en autos que en el contexto económico del sector ferroviario, la actividad de operador de transporte resulta desconocida en lo que respecta al transporte ferroviario de pasajeros”⁹⁷⁸.

En efecto, en la Directiva 91/440 no se hacía mención en ningún momento a la figura de ‘operador de transporte’. Por tanto, el Tribunal, escudándose en el contexto legal específico, aun no liberalizado, del mercado de transporte ferroviario de pasajeros, falló que “en la medida en que la actividad de operador de transporte resulta ajena a las realidades actuales del mercado ferroviario de transporte de pasajeros, el análisis de la Comisión sobre las restricciones de la competencia entre fundadores derivadas del hecho de que cada uno de ellos podría actuar como operador de transporte en el mercado afectado, compitiendo con ENS y con los demás fundadores, parte igualmente de las mismas premisas erróneas y no puede por tanto ser aceptado”.

⁹⁷⁸ El TPI hace una comparación didáctica con la situación del transporte combinado, pero como muy bien, el mismo Tribunal dice, es una situación distinta: “*En el mercado de las prestaciones de transporte combinado del momento eran organizadas y vendidas a los cargadores por operadores de transporte combinado, que eran a veces filiales de las empresas ferroviarias. Dichos operadores son empresas de transporte que disponen de un material específico, a saber, máquinas para el desplazamiento de materiales y vagones especializados, y que para llevar a cabo sus prestaciones de servicios deben comprar los servicios de tracción ferroviaria y el acceso a las infraestructuras a las empresas ferroviarias, que son las únicas que pueden proporcionarlos (como ejemplos cita la Decisión ACI, y la Decisión HOV-SVZ/MCN). 186. Ahora bien, aunque es cierto que en la actualidad el mercado ferroviario de transporte combinado de mercancías se caracteriza por una cierta apertura, en el sentido de que las empresas ferroviarias no son las únicas que operan en él, no ocurre lo mismo en el mercado del transporte de pasajeros, en el que sólo operan las empresas ferroviarias y, dentro de ciertos límites, sus agrupaciones internacionales*”.

3□ *El tercer motivo: la Comisión ha sometido la exención otorgada a unos requisitos desproporcionados.*

En este motivo se da por sentado abiertamente la existencia de la EFD/DRE, pero otra cosa es que el TPI quisiera pronunciarse respecto a la misma⁹⁷⁹. En el parr. 191 las demandantes alegaron que “la teoría de los recursos esenciales sólo se aplica en el marco del artículo 82 del Tratado⁹⁸⁰, y sólo en el caso de que una empresa rehúse a sus competidores el acceso a instalaciones o servicios que resulten esenciales tanto para la competitividad del competidor como para la propia existencia de la competencia. Si bien la posesión o el control de la infraestructura puede calificarse de «instalación o servicio esencial», las agrupaciones internacionales tienen garantizado el acceso a ella en virtud de la Directiva 91/440”.

Ciertamente, como sabemos, en el ámbito comunitario la EFD/DRE solo se aplica en virtud del art. 82 TCE (no así en la Jurisprudencia americana, por lo menos en el momento del origen de la doctrina), eso no quiere decir que no se pueda utilizar como herramienta interpretativa, sobre todo si estamos ante un recurso esencial, como lo es la infraestructura ferroviaria. De hecho, la misma exigencia de formación de una agrupación internacional resulta ser un input esencial necesario para poder ofrecer servicios de transporte, tanto de pasajeros como de mercancías, en el marco de la Directiva 91/440. Consecuentemente el que las demandantes digan que ‘las agrupaciones internacionales tienen garantizado el acceso a ella en virtud de la Directiva 91/440’ es redundante, cuanto menos, ciertamente innecesario, porque formar una agrupación internacional era la única manera posible de acceder tanto a la infraestructura ferroviaria como al mercado de oferta de servicios ferroviarios de transporte.

Para fundamentar su argumento respecto a este motivo, la Comisión alegó que, en aquel momento, eran las empresas ferroviarias quienes por lo general controlaban el acceso a

⁹⁷⁹ En opinion de DOHERTY, B.: “Just what are essential facilities?” *CMLR* 38 (2), 2001, pp. 397-436, “el TPI puede haber visto este caso como una oportunidad de desarrollar la EFD en teoría, pero no aplicándola en la práctica”.

⁹⁸⁰ Como ya hemos visto en el examen de la Jurisprudencia UE (epígrafe III-2 de este capítulo), la EFD en el ámbito europeo se aplica únicamente bajo el art. 82. Ahora bien, es una figura de importación americana donde bajo la Secc. 2 se castiga la creación o reforzamiento de posiciones monopolistas. Ampliando este ámbito en la Jurisprudencia europea se podrían prevenir este tipo de situaciones que por ahora se han atajado bajo el art. 81. Véase en el cap. III, epígrafe IV-6 respecto a la posición dominante colectiva y su relación con el art. 81 TCE.

la infraestructura ferroviaria en su condición de administradores de las infraestructuras, y que el acceso a la infraestructura constituía una barrera importante para entrar en el segmento ferroviario del mercado de referencia. En la medida en que los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias constituyeran entidades distintas, la obligación que se derivaba de la condición impuesta para estas últimas empresas quedaba pues sin efecto. Lo que no era el caso en aquel momento, en el que las empresas ferroviarias nacionales estaban integradas verticalmente.

De este modo, por lo que respecta a las locomotoras especializadas con su correspondiente personal, la Comisión señaló que, aunque en teoría podían pertenecer a empresas distintas de las empresas ferroviarias fundadoras de ENS y, llegado el caso, podrían ser compradas o alquiladas por los operadores de transporte, sólo las empresas ferroviarias fundadoras de ENS las poseían efectivamente. Resultaba pues imposible en la realidad y en la práctica para los operadores de transporte encontrar una alternativa⁹⁸¹. Alegando en consecuencia, que: “Dadas estas circunstancias, resulta innegable que, en el mercado de los servicios esenciales, las empresas ferroviarias ocupan una posición dominante, y que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia (sentencias *Commercial Solvents*, *Telemarketing* y *Magill*, antes citadas), ello justifica la condición impuesta.”

En el examen del TPI de este tercer motivo (párr. 208 a 213), el Tribunal utilizó el método de valoración de la esencialidad de un recurso, con el fin de analizar si se producía una restricción de la competencia potencial en el marco del art. 101, debido a la situación privilegiada de las empresas ferroviarias y ENS, como sigue: “El Tribunal señala a este respecto que se deduce de la jurisprudencia referente a la aplicación del artículo 82 del Tratado que un producto o servicio sólo puede considerarse esencial o indispensable si no existe ningún sustituto real o potencial (sentencias *Magill* y *Tiercé Ladbroke*). Por consiguiente, y cuando se trate, como en el caso de autos, de un acuerdo por el que se crea una empresa en participación, que entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia estima que sólo puede considerarse que las empresas matrices y/o la empresa en participación así creada

⁹⁸¹ Esto es así, tuve la oportunidad de comprobarlo cuando asistí con el catedrático Chris Nash a la conferencia “Rail Freight Liberalisation- one year on”, organizada por EIM, ERFA y UIRR en Bruselas el 17 y 18 de marzo de 2004. Invitadas empresas ferroviarias privadas de importante entidad y capacidad financiera nos pusieron de manifiesto sus numerosas quejas respecto a los múltiples obstáculos y barreras que encontraban de parte de las autoridades y empresas ferroviarias nacionales para entrar en los mercados de servicios de transporte. Y estamos hablando del año 2004.

disponen de infraestructuras, productos o servicios «indispensables» o «esenciales» para el acceso al mercado pertinente si dichas infraestructuras, productos o servicios no pueden sustituirse por otros y si, a causa de sus especiales características y en especial del coste prohibitivo de la reproducción de los mismos y/o del tiempo razonablemente necesario para ello, no existen alternativas viables para los competidores potenciales de la empresa en participación, que se verían por tal motivo excluidos del mercado. A la luz de las consideraciones precedentes y por analogía con la jurisprudencia antes mencionada, procede examinar, por una parte, si la Comisión podía calificar válidamente en el caso de autos de servicios esenciales o indispensables el suministro por los fundadores a ENS a) de turnos horarios, b) de locomotoras y c) del personal de las mismas, servicios que debían ofrecerse a terceros en las mismas condiciones que a ENS y, por otra parte, si al actuar así, dicha Institución motivó suficientemente su Decisión. Por último, basándose en dicho análisis, será preciso igualmente verificar la procedencia del análisis de las presuntas restricciones de la competencia frente a terceros resultantes de los vínculos privilegiados entre los fundadores y ENS que llevó a cabo la Comisión⁹⁸².

Se analizaron:

- en primer lugar, los turnos horarios, respecto a los cuales el acceso a los mismo sólo se imponía si los terceros fueran operadores de transporte, y como para el TPI, ENS no era un operador de transporte, sino una agrupación internacional en el sentido de la Directiva 91/440, dicha condición carecía de fundamento.
- en segundo lugar, respecto a si las locomotoras y su personal son recursos esenciales o indispensables tenían que serlo para los competidores de ENS, en el sentido de que, en el caso de no disponer de ellas, estos últimos no podrían ni entrar en el mercado de referencia ni continuar operando en él. Pero como la Decisión definió el mercado de referencia como el mercado intermodal de transporte de pasajeros por motivos profesionales y el mercado, también intermodal, de transporte de pasajeros que efectúan viajes de placer, y, en estos dos mercados intermodales la cuota de mercado de ENS no

⁹⁸² Sin embargo, la sentencia indica que “En cuanto a las críticas relativas al carácter desproporcionado de la condición impuesta, la Comisión alega que el derecho de acceso a la infraestructura, que la Directiva reserva a las empresas ferroviarias y a las agrupaciones internacionales de empresas de este tipo, no significa que otros operadores de transporte no puedan explotar servicios idénticos a los que propone ENS. Como sólo las empresas ferroviarias tienen acceso a la infraestructura y la Directiva no faculta a una nueva empresa que llegue al mercado para solicitar por sí misma un turno horario a los administradores de infraestructura afectados, las empresas ferroviarias deben asignar un turno horario a los operadores a fin de garantizarles el acceso al mercado. Además, la condición impuesta sólo se refiere a los servicios ferroviarios indispensables para entrar en el segmento ferroviario de los mercados pertinentes, por lo que no resulta desproporcionada y permite garantizar la presencia de varios operadores de transporte ferroviarios a fin de intensificar la competencia con los demás medios de transporte”.

superaba el 7 u 8 %, no se admitió que la eventual decisión de las empresas notificantes de negarse a suministrar a los competidores de ENS locomotoras especializadas para la travesía del túnel bajo el Canal de la Mancha tuviera por efecto excluirlos del mercado afectado. El TPI, por tanto, indico que, no se había demostrado que una empresa con una cuota de mercado tan poco elevada pudiera estar en condiciones de influir de algún modo en el funcionamiento y en la estructura del mercado afectado.

En otras palabras, el TPI aun reconociendo las importantes barreras de entrada al mercado ferroviario de transporte de pasajeros, “cuando son empresas competidoras quienes controlan dicho acceso”⁹⁸³ a través de la adjudicación de turnos horarios (párr. 221), no consideraba que el acuerdo podía constituir una amenaza a la competencia potencial porque la Directiva 91/440 consagraba expresamente y garantizaba la obligación de dar acceso a la misma en condiciones equitativas y no discriminatorias. Pero como todos sabemos⁹⁸⁴, una cosa es lo que diga la normativa regulatoria y otra cosa es que se cumpla o que se cumpla *en condiciones equitativas y no discriminatorias*, y es función del Derecho de la Competencia vigilar esos posibles abusos.

Y es más, respecto a las locomotoras especializadas para el túnel bajo el Canal de la Mancha y del personal de las mismas, indico que no podían calificarse como “recursos esenciales” y por ello no suponían una restricción de la competencia frente a terceros. Ahora bien, como hemos visto en el primer capítulo las reformas subsiguientes a la Directiva 91/440 fueron dirigidas a hacer interoperable no solo las redes ferroviarias de los distintos Estados miembros, sino también las especificaciones y condiciones técnicas, licencias, certificaciones de seguridad, etc. incluido locomotoras y personal. La sentencia del TPI está totalmente alejada de la realidad de la escena ferroviaria de aquel momento. Incluso hoy en día encontrar la locomoción y el personal que pueda circular por más de una red ferroviaria no solo es muy caro sino que su misma viabilidad y disponibilidad supone una importante barrera al tráfico internacional ferroviario.

Consideramos que la Comisión se pilló los dedos con una definición del mercado no acorde con la problemática existente, y que no debió plantear este asunto en el marco del art. 101 TFUE, si bien el art. 102 TFUE no acoge en su letra la protección de la competencia potencial, a no ser que recurramos a la EFD/DRE, y aun así, como vemos, los Tribunales UE son reacios a pronunciarse sobre la misma.

⁹⁸³ Las empresas ferroviarias eran al mismo tiempo administradores de la infraestructura.

⁹⁸⁴ Véase al respecto el cap. II.

4□ *El cuarto motivo, la exención otorgada a los acuerdos notificados es de una duración demasiado breve (ocho años).*

El TPI, también para este motivo, argumenta que la decisión de la Comisión de limitar a ocho años la duración de la exención concedida a los acuerdos ENS adolece de un defecto de motivación, explicando que las ventajas que justificaban la mencionada exención, la contribución al progreso económico y las ventajas que supone para los usuarios la creación de nuevos servicios de transporte de alta calidad, en la medida en que resulta imposible obtener dicho progreso y dichas ventajas sin inversiones importantes, el período necesario para rentabilizar las inversiones de que se trate constituye necesariamente un dato esencial en la apreciación de la duración de una exención, y en especial en casos como el que se plantea en el presente asunto, en el que ha quedado establecido que se trata de servicios totalmente nuevos, que exigen considerables inversiones y entrañan importantes riesgos financieros, al tiempo que requieren que las empresas participantes compartan su '*know-how*'.

En conclusión, aunque en este caso se tuvo en cuenta la regulación sectorial existente, pudiera haberse aprovechado para apoyar el proceso de liberalización del mercado ferroviario de pasajeros, protegiendo, desde la esfera del Derecho de la Competencia, la competencia no solo real sino también potencial. Sin embargo, el TPI agarrándose a dos argumentos, con muy poca entidad comparándose con otros argumentos que se plantearon, a saber, -que el concepto de operador de transporte no tenía cabida en las realidades actuales del mercado ferroviario de transporte de pasajeros y que la Comisión definió los mercados de la Decisión como servicios de transporte de viajeros de negocios y de turismo en cuatro rutas específicas del Canal de la Mancha y que después no podía cambiar su definición del mercado-, dejando fuera de la cuestión de debate temas tan importantes como la misma EFD/DRE, que se planteó por las partes como hemos visto. Asimismo, el TPI entendió que como ninguna de las empresas ferroviarias nacionales podía operar sola en el mercado internacional en virtud del art. 10 de la Directiva 91/440, no podían suponer por si solas ninguna amenaza a la competencia y que siempre podían formar otras agrupaciones internacionales. Sin embargo, este enfoque se desentendía de la estructura de integración vertical de las empresas ferroviarias respecto a la cual gira principalmente la regulación sectorial de la Comisión y que tuvo su causa en la inexactitud de la definición de los dos mercados afectados. En otras palabras, la Comisión quiso que se tuviera en cuenta la posición monopolista de las empresas

ferroviarias nacionales y su posibilidad de monopolización de un mercado derivado emergente en el que también se posicionaban fuertemente a través de ENS; sin embargo, el TPI no se hizo eco de la complejidad inherente del sistema ferroviario y de su problemática estructural, y optó por una resolución prudente conforme a la literalidad de la Directiva 91/440.

Tampoco hemos de olvidar el hecho de que ENS es el último caso que trata la cuestión de los recursos esenciales antes de la sentencia del TJCE en el asunto *Bronner* de 26 de noviembre de 1998, que es donde verdaderamente se trata, al menos, con mayor profundidad por primera vez esta doctrina, (aunque la opinión del AG Jacobs sí fue anterior, de 28 de mayo de 1998).

Por su parte, el enfoque de apertura del mercado ferroviario quedaba reflejado en el *Informe de la Política de la Competencia de 1994*: “Los casos de cooperación *Eurotunnel*, *ACP*⁸⁵, y *Night Services* por la Comisión incluían acuerdos entre empresas públicas de ferrocarriles, propietarias de la infraestructura ferroviaria en sus respectivos países. Tales empresas, por tanto, poseen una infraestructura esencial cuyo acceso es indispensable para prestar servicios de transportes internacionales. La cooperación entre ellas para entrar conjuntamente en los mercados internacionales de nueva aparición podría reforzar aún más la posición dominante que ya presentan en sus respectivos

⁹⁸⁵ La decisión *ACI* (Allied Continental Intermodal Services Ltd) se refiere a un acuerdo entre BR, SNCF e Intercontainer (operador de transporte combinado propiedad de veinticuatro compañías ferroviarias) para comercializar conjuntamente servicios combinados de transporte internacional por tren entre el Reino Unido y la Europa continental, a través del túnel del canal de la Mancha, mediante una empresa en participación de nueva creación (ACI) que adquiere la tracción a BR y SNCF. Los servicios de transportes internacionales combinados pueden prestarse con dos medios de transporte alternativos: ferrocarril o transporte marítimo. La Comisión estimó que BR, SNCF e Intercontainer eran competidores potenciales en el mercado de los servicios de transportes combinados internacionales y que por tanto la comercialización conjunta de dichos servicios eliminaría la competencia entre estas tres empresas. Además, la Comisión consideró que la nueva empresa en participación podría impedir el acceso al mercado a los operadores de transporte competidores, debido a que creaba un vínculo estructural entre Intercontainer (uno de los principales operadores de transportes combinados de Europa) y dos compañías ferroviarias públicas con posición dominante en los mercados de servicios ferroviarios necesarios para los operadores de transportes en el Reino Unido y en Francia, que además controlan una apreciable proporción de la infraestructura del túnel del canal de la Mancha para la gestión de trenes internacionales a través del túnel (decisión *Eurotunnel*). En consecuencia, esta empresa en participación podría colocar a otros operadores de transportes combinados en una situación de desventaja competitiva, tanto para el acceso al mercado como para la prestación de servicios en el mismo. A pesar de ello, la Comisión concedió una exención a la empresa en participación ACI por un período transitorio de cinco años, debido a las especiales características del caso: el servicio ofrecido por ACI era completamente nuevo e implicaba riesgos financieros considerables. Sin embargo, la Comisión impuso las mismas condiciones que en el Asunto *Night Services*, destinadas a limitar las restricciones y a garantizar el acceso al mercado para otros operadores de transportes combinados. Decisión de 27 de julio de 1994, DO L224, pág. 28. En el XXIV Informe sobre la política de competencia 1994, párr. 186 a 188 y anexo II pág. 397.

mercados nacionales, y dificultar en grado sumo -cuando no imposibilitar- el acceso a estos nuevos mercados para los demás operadores de transportes (aumento de los obstáculos al acceso)”⁹⁸⁶.

Al margen del análisis visto de esta sentencia, en la misma encontramos una referencia a la ‘regla de la razón’ (de origen americano), en el párr. 130: “La Comisión rechaza por último la alegación de que los asuntos citados por las demandantes demuestran que ella se encuentra obligada a aplicar la «regla del sentido común» (*rule of reason*) y a valorar los efectos positivos y negativos sobre la competencia del acuerdo de que se trate. Dicha tesis sólo es válida en el contexto del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, y no a la hora de valorar las restricciones de la competencia en el marco del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. En respuesta al Reino Unido, la Comisión observa que, aunque el análisis de un acuerdo debe tener en cuenta su contexto económico, ello no significa sin embargo que haya que recurrir a la «regla del sentido común» (*rule of reason*), concepto que el Tribunal de Justicia nunca ha querido utilizar hasta ahora.”

Sin embargo, como se verá, el examen del conjunto de los efectos económicos sobre la competencia en un mercado es una herramienta que últimamente la Comisión y los tribunales están utilizando en sus análisis en contraste con su enfoque tradicional⁹⁸⁷.

4) La Decisión de la Comisión GVG/FS de 2003 consideró que la infraestructura ferroviaria es un recurso esencial

En el presente asunto, una pequeña empresa privada alemana del sector ferroviario presentó una denuncia contra FS alegando que, durante al menos cinco años⁹⁸⁸, ésta le había impedido entrar en el mercado para ofrecer un servicio ferroviario internacional de transporte de viajeros entre Basilea y Milán. Se trata de la Decisión GVG/FS⁹⁸⁹ de 2003, la cual decía que *la infraestructura ferroviaria puede considerarse como ‘instalación*

⁹⁸⁶ En el XXIV Informe sobre la política de competencia 1994, párr. 182.

⁹⁸⁷ Así en el asunto Microsoft en el epígrafe III- 2.3, de este capítulo y el epígrafe V del capítulo siguiente, Categorización de la EFD.

⁹⁸⁸ Desde septiembre de 1995 GVG había estado intentando entablar negociaciones con FS, aunque ya había pedido información (sin respuesta) para poder emprender el servicio requerido a FS desde 1992. Finalmente, el 2 de agosto de 2002 FS (Trenitalia) expresó su voluntad de participar en una agrupación internacional con GVG y de proporcionarle tracción. El 27 de junio de 2003 FS (Trenitalia) y GVG firmaron un acuerdo de agrupación internacional conforme al art. 10 de la Directiva 91/440 y decidieron las condiciones del contrato de tracción.

⁹⁸⁹ Decisión GVG c/ FS de la Comisión 2004/33/CE, de 27 agosto de 2003, DO L11/17.

esencial', ya que cumple dos condiciones principales⁹⁹⁰:

- La indispensabilidad de la instalación. Si la instalación o recurso no es permutable es esencial.
- Eliminación de toda competencia por parte del otro operador al no concederse acceso a la instalación. A su vez son excluidos del mercado los competidores potenciales porque en virtud de las características especiales de la infraestructura no existe ninguna alternativa viable, teniendo en cuenta el coste prohibitivo y el factor tiempo para poder reproducirla.

En este estadio temprano en el proceso de liberalización, en la mayoría de los Estados miembros el único socio disponible para formar una agrupación internacional era el mismo operador ferroviario nacional. Al negarse a ello, la empresa ferroviaria nacional eliminaba toda la competencia en el mercado ferroviario internacional. Sin embargo, la imposición de la obligación de contratar para formar la necesaria agrupación internacional coartaba la libertad comercial de las empresas ferroviarias estatales.

Según la Decisión, Ferrovie dello Stato (FS), empresa ferroviaria italiana de propiedad estatal⁹⁹¹, había abusado de su posición dominante infringiendo el art. 82 TCE y las principales normas de la Directiva 91/440, por su rechazo a celebrar los denominados «acuerdos internacionales de agrupación» para poder operar un servicio de transporte ferroviario de pasajeros en Italia, a debatir sobre las condiciones para el acceso a la red y a proporcionar servicios de tracción (es decir, locomotoras y tripulaciones) que solo FS podía prestar, sin justificación objetiva alguna. Tras discusiones con la Comisión y a fin de alcanzar un acuerdo, FS acordó una serie de condiciones con GVG y se comprometió a firmar acuerdos internacionales de agrupación con cualquier operador ferroviario debidamente autorizado y con planes concretos de empezar a prestar servicios en Italia. FS se comprometió igualmente a prestar servicios de tracción durante un período de cinco años a otras empresas ferroviarias⁹⁹². En consecuencia, la Comisión concluyó que

⁹⁹⁰ En el párr. 120. La misma Decisión en este punto remite a la sentencia del caso *European Night Services*, en relación a las condiciones que se recogen en el punto 209 de dicha sentencia T-374/94.

⁹⁹¹ El 13 de julio de 2001 FS procedió a un proceso de reestructuración para convertirse en grupo o holding (sociedad de cartera) formado por filiales jurídicamente independientes; FS (Trenitalia) es responsable de los servicios de transporte, el material rodante y la tracción, y FS (RFI), de la infraestructura. La transformación de entidad pública a privada, pero de propiedad 100% estatal tuvo lugar entre 1992 y 1993.

⁹⁹² Desde luego, todo lo contrario a lo que dictaminó en 1998 el TPI en el anterior asunto *ENS*, que, como hemos visto, no considero esencial ni el acceso a la adjudicación de capacidad ni a las

se había puesto fin al abuso y, dado lo novedoso del asunto y los sustanciales compromisos ofrecidos por FS, decidió no imponer multa.

Análisis de la Decisión:

En el análisis tradicional⁹⁹³ para la aplicación del art. 102 TFUE que la Comisión realizó en este asunto, empezó por la definición del mercado relevante para establecer la posición de dominio en el mismo y, de ahí, valorar si la conducta constituía o no un abuso. En este caso, la Comisión va analizando rigurosamente cada uno de los elementos necesarios en la definición del mercado relevante, quizás para evitar que le pasara lo mismo que en el caso *ENS*, donde como sabemos, el TPI anuló su Decisión por falta de motivación y, especialmente, por la definición errónea del mercado de referencia, y que por ello, el Tribunal consideró que no se podían valorar con entidad suficiente los efectos restrictivos de la competencia en el mercado.

a) Mercados afectados

La Comisión indicó que los mercados considerados son el mercado de acceso y gestión de la infraestructura ferroviaria, el mercado de tracción, y el mercado de transporte de viajeros por ferrocarril (Considerando 48), situando a los dos primeros mercados en un mismo plano conjuntamente y al tercer mercado lo analiza independientemente, a un distinto nivel. En efecto, sin decirlo expresamente, los dos primeros mercados se encuentran en un plano primario verticalmente relacionados como input necesario del mercado secundario de transporte internacional ferroviario de pasajeros. Esto se verá confirmado al final de la Decisión, en el art. 2 que dice que *“Al negarse a negociar efectivamente con Georg Verkehrsorganisation GmbH la demanda de acceso a la red de ferrocarril entre Domodossola y Milán a tal efecto, Ferrovie dello Stato SpA abusó de su posición dominante en el mercado de acceso a la infraestructura, impidiendo a GVG la entrada en el mercado del transporte internacional de pasajeros por ferrocarril”* y, en el mismo sentido, en el art. 3 *“Al negarse a proporcionar tracción a Georg Verkehrsorganisation GmbH mediante locomotoras, conductores cualificados con conocimiento de la ruta y apoyo a tales efectos, Ferrovie dello Stato SpA abusó de su posición dominante en el mercado de la tracción, impidiendo a GVG la entrada en el mercado del transporte internacional de pasajeros por ferrocarril”*.

Como vemos, el recurso esencial (la red ferroviaria y la tracción) coincide con el mercado

locomotoras y su personal.

⁹⁹³ Conforme hemos visto en el cap. III, epígrafe IV- 3.

primario, cuyo acceso es esencial para llevar a cabo cualquier actividad comercial en el mercado derivado, y sin dicho acceso se bloquearía o cerraría el mercado derivado a la competencia potencial.

- Primer mercado

Respecto al primer mercado del acceso a la infraestructura, se dice que “en aplicación de la Directiva 91/440, el gestor de la infraestructura italiana vende capacidad de red⁹⁹⁴ a prestatarios de servicios de transporte”⁹⁹⁵. La Comisión estableció que, desde el lado de la demanda, el mercado geográfico pertinente en el que es necesario el acceso es una ruta ferroviaria interurbana en Italia conectada a la red ferroviaria suiza y que permita a GVG hacer circular su tren de Basilea a Milán, es decir, el tramo Domodossola-Milán⁹⁹⁶.

- Segundo mercado

Respecto al segundo mercado de la tracción, se expone que “en el estado actual del proceso de liberalización del sector ferroviario en la Unión Europea, existen varias barreras técnicas, legales y económicas para la obtención de tracción para servicios ferroviarios internacionales⁹⁹⁷.”

⁹⁹⁴ En el Considerando 14 la Decisión indica que: “El acceso a la infraestructura, aparte de franjas horarias en las vías de las redes ferroviarias, incluye información relativa a la disponibilidad de franjas y precios; gestión de las peticiones de capacidad; permiso para utilizar la capacidad de las vías; control de trenes, incluyendo señalización, regulación y suministro de información sobre movimientos de trenes; acceso a las instalaciones de reaprovisionamiento de combustible; acceso a las estaciones de pasajeros; acceso a las estaciones de clasificación; acceso a los apartaderos; y acceso a instalaciones de mantenimiento y otras”, según hemos visto en el cap. I, conforme al anexo II de la Directiva 2001/14/CE.

⁹⁹⁵ Recordemos que en ENS, el TPI dijo que el concepto de “operador de transporte” no tenía cabida en las realidades actuales del mercado ferroviario de transporte de pasajeros bajo la Directiva 91/440. La Directiva 91/440 aun estaba vigente para la obligación de constitución de una agrupación internacional para llevar a cabo transporte internacional de pasajeros, como era el caso en ENS y con lo es en este caso. Luego, las circunstancias que determinaron la resolución del TPI en ENS no variaban para este caso, aunque lógicamente se había avanzado más en la liberalización del mercado ferroviario en el sentido de eliminación de muchas barreras estructurales y técnicas que impedían una liberalización efectiva, como hemos visto a lo largo del primer capítulo de este trabajo.

⁹⁹⁶ En el Considerando 50 de la Decisión.

⁹⁹⁷ Continúa la Decisión, como hemos visto en el cap. I, epígrafe III- 4, en el Considerando 26, poniendo de relieve que “Durante siglo y medio los ferrocarriles europeos se han desarrollado a nivel nacional y cada país adoptaba sus propias normas técnicas y administrativas. En consecuencia existen 15 sistemas de señalización nacionales distintos y 5 sistemas diferentes de suministro de electricidad (voltaje). Los sistemas nacionales difieren en sus procedimientos operativos, ancho de vía, sistemas de seguridad, formación de conductores y conocimiento de ruta. Esta diversidad de normas técnicas ha impedido la interoperatividad en el mercado europeo. Por lo tanto, a menos que estén equipados con tecnología múltiple, hay que cambiar las locomotoras en las fronteras. Barreras similares existen para los conductores, que necesitan el conocimiento de ruta, un permiso nacional y conocimientos lingüísticos”.

La Comisión define la tracción como la puesta a disposición de una locomotora y un conductor, lo que incluye el servicio complementario de otras locomotoras y servicios de apoyo. En principio, la tracción podría ser procurada internamente, es decir, por GVG o su socio en la agrupación internacional, utilizando su propio personal y locomotoras, o podría alquilarse a otras empresas ferroviarias. El mercado de los servicios de tracción es diferente del mercado de alquiler o compra de locomotoras⁹⁹⁸. Los servicios de tracción pueden solamente ser proporcionados por empresas ferroviarias porque solo ellas tienen licencia para ello. Las locomotoras pueden alquilarse o comprarse a las empresas ferroviarias o a los fabricantes. Como la tracción se proporciona con objeto de llevar a cabo este servicio de transporte particular en esta ruta, ciertos requisitos tienen que ser cumplidos por el proveedor de servicios de tracción; en especial, tiene que situar a tiempo una locomotora en determinado lugar (en este caso, Milán/Domodossola), en determinado momento (antes de la salida del tren) y durante cierto plazo (hasta que concluya el servicio). Además, define el mercado geográfico pertinente que, por todas estas circunstancias, se limita a la región de Milán (considerando 58).

- Tercer mercado

La Decisión recoge un tercer mercado, el de transporte internacional de pasajeros por ferrocarril. Para la definición de este mercado la Comisión excluyó la sustituibilidad con otros modos de transporte, por lo que lo limita a cada ruta ferroviaria entre origen y destino que GVG se proponía llevar a cabo⁹⁹⁹. En apoyo de esta perspectiva, detalladamente y con horarios, rutas, precios y tiempos de viaje sopesa las ventajas que ofrece este servicio en contraste con el avión, el automóvil y el autocar, concluyendo consecuentemente que constituyen mercados distintos.

b) Posición dominante

Después de la definición de los mercados antedichos, pasa la Comisión al examen de la posición de dominio de FS, diciendo que había habido una clara continuidad de comportamiento de FS y sus filiales con respecto a la situación anterior, previa a su reestructuración con la creación de entidades separadas en julio de 2001 (o sea,

⁹⁹⁸ También hace esta distinción en referencia al enjuiciamiento en ENS, en el que el TPI dijo que los competidores podían fácilmente acceder a la tracción alquilando o comprando las locomotoras, que sus alternativas no se reducían a que la empresa ferroviaria nacional le suministrara la tracción, por lo que se deducía que constituían un mismo mercado por su sustituibilidad, lo que, al contrario, en esta Decisión deja muy claro que no es así y que constituyen dos mercados diferentes.

⁹⁹⁹ En apoyo de esta perspectiva, cita el asunto *MCN* y la sentencia relacionada T-229/94, en el que se excluye al transporte por carretera y fluvial como competidores del transporte ferroviario.

continuidad de la situación de monopolio ferroviario nacional a pesar de la separación estructural de la gestión de la infraestructura de los servicios de transporte). Y continúa diciendo que “Como el grupo FS y sus filiales son propiedad del mismo accionista, éste tiene interés por asegurarse de que el comportamiento dentro del grupo FS esté suficientemente coordinado. Tal coordinación se asegura principalmente a nivel vertical, ya que el grupo FS posee todo el capital social de RFI y Trenitalia. Está en condiciones de ejercer una influencia decisiva en la política de RFI y Trenitalia. Según el informe anual 2001 de FS, el grupo FS es responsable de la dirección estratégica y de gestión para sus filiales, como RFI y Trenitalia y es, en definitiva, responsable ante el accionista del éxito del grupo. Existe un balance anual consolidado que incluye los beneficios y pérdidas de sus diversas filiales”. En definitiva, la situación ha cambiado en teoría¹⁰⁰⁰, pero en la práctica sigue siendo un monopolio integrado. Según lo declarado por el Tribunal de Justicia en el asunto *Stora*¹⁰⁰¹: *«en varias ocasiones el Tribunal ha sostenido que el hecho de que una filial tenga personalidad jurídica separada no es suficiente para excluir la posibilidad de que su conducta sea imputada a la sociedad matriz, especialmente cuando la filial no decide independientemente su propia conducta en el mercado sino que lleva a cabo, en todos los aspectos materiales, las instrucciones de la sociedad matriz»*.

A este respecto es importante señalar que incluso actualmente, aunque las empresas ferroviarias nacionales europeas han separado contablemente sus actividades como mínimo exigido por la Directiva 91/440, y aunque todas ellas se han reestructurado para liberalizar los mercados ferroviarios, mantienen estructuras como la de FS y/o siguen siendo directa o indirectamente estatales. Se ha conseguido mayor transparencia, pero siguen tratando de proteger su monopolio nacional, hoy en día se trata de actitud más que de comportamiento.

Dentro del análisis de la posición de dominio, una vez estudiada la importancia de la misma empresa FS, la Comisión pasó a examinar la posición de dominio de FS en cada uno de los mercados definidos:

- Respecto al mercado de acceso a la infraestructura, FS tenía un monopolio legal para operar la infraestructura ferroviaria italiana. Y no existía ninguna infraestructura

¹⁰⁰⁰ Considerando 79: “El hecho de que RFI y Trenitalia pertenezcan a la misma estructura les hace compartir un interés común, por lo cual no pueden considerarse como jurídica, administrativa y estructuralmente no relacionadas entre sí”.

¹⁰⁰¹ Sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2009, asunto C-97/08 P *Akzo Nobel NV y otros c/ Comisión*, Rec. 2009 página I-08237.

alternativa que GVG pudiera utilizar para prestar el servicio previsto de transporte de pasajeros. Luego, FS era dominante en toda la infraestructura ferroviaria interurbana italiana.

- Respecto al mercado de la tracción, se examina la tracción proporcionada por otros operadores ferroviarios o por la propia FS. Las pequeñas nuevas empresas que se abren paso en el mercado ferroviario italiano, no están equipadas para prestar tracción para el servicio previsto por GVG ya que no disponen de las locomotoras adecuadas y carecen del parque necesario. En el considerando 89 se dice que ninguna empresa ferroviaria no italiana tampoco estaba en condiciones de proporcionarla y, que FS había proporcionado ya servicios de tracción a SNCF, DB y GVG (en otro asunto) y tenía suficiente parque para proporcionar la tracción para el servicio previsto por GVG, luego FS era también dominante en este mercado. Respecto a si GVG podría contar con su propia tracción alquilando locomotoras, conductores y apoyo o comprando locomotoras, se vio que no había alternativas posibles, ni conductores con el necesario permiso italiano y conocimiento de la ruta, por lo que sólo podían ser facilitados por FS. En relación a la compra de locomotoras no le sería rentable ni económico por los altos costes fijos de las locomotoras que tendría que tener de reserva sin efectivamente utilizarlas, y GVG tampoco podría rentabilizarlas realizando servicios de cabotaje o puramente nacionales en libre competencia en Italia conforme a la legislación italiana actual.¹⁰⁰² Llegados a este punto, el recurso es indudablemente esencial para llevar a cabo esa determinada actividad comercial y no otra¹⁰⁰³.

¹⁰⁰² Respecto a esta última posibilidad, en el considerando 101, se dice que: “*Como consecuencia, la actividad comercial principal de GVG se convertiría en la prestación de servicios ferroviarios nacionales en Italia*”. Es una cuestión interesante en la aplicación de la EFD/DRE, en el sentido de que podría ser un test o herramienta a utilizar: ¿hasta qué punto se deben buscar alternativas o sustitutos para valorar la esencialidad de un recurso? La respuesta sería el límite en el que la empresa en análisis tenga que cambiar de negocio o actividad principal para poder llevar a cabo el servicio. Cuestión que también aparece en el asunto *HOV-SVZ/MCN o Maritime Container Network*, (visto en el asunto 2 de este epígrafe V), en su párr. 137 que dice: “*Por consiguiente, resulta imposible en términos económicos para estas empresas modificar su actividad y prestar, por ejemplo, servicios de transporte por carretera o por vía navegable*”.

¹⁰⁰³ En una conversación en Junio de 2010 que tuve con la Catedrática de Derecho de la Competencia en el University College de Londres, Valentine Korah, en referencia a un caso nacional en el que una compañía discográfica había negado a un cantautor la grabación de sus discos por no ser de interés comercial para la discográfica, entendiendo el cantautor que para poder grabar y distribuir sus discos necesitaba de una discográfica que, por lo tanto, se constituía en un recurso esencial. Valentine era de la opinión que este cantautor podía montar su propia discográfica para seguir grabando sus discos. A lo que yo le conteste que el cantautor podía no contar con los medios económicos para ello, respondiéndome ella que el cantautor podía buscar su propia financiación y competir por sus propios meritos en el mismo mercado, que en eso consistía la competencia. Sin embargo, tal y como le dije, sería imponer al cantautor un cambio de negocio y, en vez de dedicarse a escribir canciones, tendría que dedicarse a un negocio al que era totalmente ajeno y respecto al cual no estaba capacitado. Desde mi punto de vista, que no el

Tampoco existía un mercado de segunda mano para estas locomotoras. E incluso si fuera económicamente viable que GVG adquiriera locomotoras para operaciones y reserva para el mercado italiano, aún dependería de FS para los conductores y los servicios de mantenimiento y reparación.

Interesante también es que se concluye que para la tracción el examen realizado *“también se aplica a cualquier empresa que quiera entrar en el mercado, con independencia de su tamaño”*. Esta aseveración no casa con el test objetivo sentado en el asunto *Bronner*, por el que el acceso no es que sea imposible para cualquier otra empresa sino a una empresa igualmente eficaz que la empresa dominante y capaz de competir en dicho mercado. CASTALDO y NICITA¹⁰⁰⁴ dicen que este caso supone una vuelta atrás dramática de las condiciones sentadas en *Bronner*, dado que incluso un operador pequeño tiene el derecho de acceso a las locomotoras de la empresa dominante. Sin embargo, no hemos de olvidar que FS es una empresa estatal cuya posición dominante no ha sido adquirida por medios propios, sino que es heredada del antiguo monopolio nacional. Estos autores también indican que *“desde un punto de vista económico, un recurso esencial solo puede existir cuando no es posible para un nuevo competidor generar suficientes ingresos para cubrir el coste incremental de proveer el servicio sin tener acceso al input de la empresa dominante. Lo que significa que es necesario asegurarse si el nuevo competidor sería capaz de empezar a operar de igual manera incluso duplicando el recurso, test que la Comisión no llegó a verificar en este asunto”*.

Consideramos que la Comisión tuvo en cuenta la situación específica del sector ferroviario¹⁰⁰⁵ y relajó este test, (que viene a ser el test objetivo sentado en *Bronner*), ya

suyo, no era una alternativa viable. Esta lógica nos podría llevar al test objetivo en *Bronner*, ¿podría entrar en este mercado otra empresa con una capacidad similar a la de la discográfica que niega el acceso a la grabación y no compararla con la competencia que pueda traer al mercado un pequeño cantautor que monte una pequeña discográfica? Una vez más chocamos con el argumento de que el negocio del cantautor no es montar discográficas. Estamos en dos áreas diferentes. Si valoramos los efectos en la competencia de un mercado estamos valorando abusos anticompetitivos que ejerce una empresa en posición dominante contra sus propios competidores. El cantautor no es competidor de la discográfica, el abuso se ejerce de modo vertical a un cliente determinado usando su poder de dominio relativo específicamente sobre ese cantautor, el abuso es explotativo, se trata de la teoría del contratante obligatorio, que generalmente no podrá tener una dimensión comunitaria porque se ejerce solo contra suministradores o clientes, y solo indirectamente puede tener un efecto en la competencia como tal. Valentine me dijo que en la legislación inglesa no existía el abuso de posición de dominio relativa.

¹⁰⁰⁴ CASTALDO, Angelo y NICITA, Antonio – “Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy”. *REVIEW OF LAW AND ECONOMICS* 3:1, 2007, pp. 83 a 108.

¹⁰⁰⁵ Como dice EZRACHI, A.: *EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oxon (UK), 2008, pag. 544, *el contexto de los mercados individuales debe tenerse en*

que se trataba de la liberalización de una industria que ha estado y sigue estando fuertemente protegida por los Estados.

- Respecto a la posición de dominio en el mercado de transporte de pasajeros por ferrocarril, para llevar a cabo tal servicio de transporte de pasajeros entre Alemania y Milán, el operador ferroviario tiene que participar en una agrupación internacional. FS es la única empresa que tiene permiso para el transporte interurbano de pasajeros por ferrocarril en Italia, concedido por el Ministerio italiano de Transporte y Navegación, pues el transporte nacional de pasajeros no está liberalizado aun hoy en día¹⁰⁰⁶. Por otra parte, para participar en una agrupación internacional con GVG tales empresas ferroviarias necesitarían un certificado de seguridad para los servicios de pasajeros en la ruta Domodossola-Milán y para obtenerlo la empresa ferroviaria tendría primero que obtener el material rodante conveniente (que entonces es certificado). Hasta ese momento, solamente FS había obtenido un certificado de seguridad para servicios de pasajeros por ferrocarril entre Domodossola y Milán. FS era, por lo tanto, la única empresa ferroviaria italiana que podía participar en una agrupación internacional con GVG para el servicio particular que ésta última quería prestar¹⁰⁰⁷.

Por su parte, como monopolio legal que FS detentaba sobre la infraestructura ferroviaria italiana, la Comisión consideró que el mercado de acceso a la infraestructura italiana constituía una parte sustancial del mercado común¹⁰⁰⁸. Asimismo, el mercado pertinente de tracción y el de transporte de pasajeros por ferrocarril también constituían una parte sustancial del mercado común. Además, el mercado geográfico pertinente incluía varios

cuenta, refiriéndose al sector farmacéutico y al efecto distorsionador de la regulación estatal de los precios de los productos farmacéuticos en la sentencia de 16 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, antes Glaxowellcome AEVE*, a la que ya hemos hecho mención anteriormente en este capítulo. Como hemos visto a lo largo del cap. II de este trabajo, si existe una regulación específica de un sector es porque se da una problemática específica del sector en cuestión que se pretende solucionar, lo que no implica que el Derecho de la Competencia no entre a reprimir las infracciones dentro de la esfera propia del Derecho de la Competencia, si es el caso. También en el sector de las comunicaciones, por ejemplo véase la sentencia del TPI de 10 de abril de 2008, asunto T-271/03 *Deutsche Telekom AG c/ Comisión*, en el que el TPI puntualizó que el hecho de que los precios tuvieran que ser aprobados por la Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correos no eliminaba la responsabilidad de Deutsche Telekom AG sobre el cumplimiento del Derecho Comunitario.

¹⁰⁰⁶ A 2 de junio de 2012 el mercado doméstico de transporte de pasajeros por ferrocarril no está liberalizado.

¹⁰⁰⁷ Desde luego, el examen detallado que realiza esta Decisión punto por punto es un revés a cada uno de los argumentos que el TPI consideró como válidos en la sentencia ENS, en la que se dijo que no había ningún obstáculo para que cualquier otro competidor de ENS formara una agrupación internacional.

¹⁰⁰⁸ En el considerando 115.

Estados miembros en el tramo Domodossola-Milán.

c) Abuso de la Posición dominante

Finalmente, la Comisión entró a examinar el abuso de la posición dominante de FS en cada uno de los tres mercados definidos, que tenía como efecto excluir la competencia en el transporte internacional de pasajeros por ferrocarril en varias rutas entre ciudades alemanas y Milán, vía Basilea. Nada en la legislación italiana impedía a FS proporcionar información, participar en una agrupación internacional o conceder certificados de seguridad, conceder acceso a la infraestructura y suministrar tracción a una empresa ferroviaria autorizada establecida en otro Estado miembro. Por tanto, solo cabría examinar las posibles justificaciones objetivas de FS de su conducta abusiva.

- Primer mercado

Respecto a la denegación del acceso a la infraestructura italiana, dice la Comisión que *“la infraestructura ferroviaria puede considerarse como instalación esencial, ya que cumple las dos condiciones principales para ello, según lo establecido por el Tribunal en su sentencia ENS: imprescindibilidad de la instalación y eliminación de toda competencia del otro operador si no se concede acceso”*. Y por tanto, ningún competidor está en condiciones de duplicar la red ferroviaria de larga distancia de FS, dados el altísimo coste de tal inversión y la imposibilidad de obtener el derecho de paso.

La Comisión al indicar que la infraestructura era esencial, estaba aplicando la EFD/DRE a este caso, y en apoyo trae a colación las Decisiones de *Puerto de Rødby* y *ENS*, respecto a la competencia potencial que se excluye cuando se deniega el acceso a un recurso esencial. Asimismo, también cita la sentencia en el asunto *Telemarketing* diciendo que *“cuando, sin necesidad objetiva, una empresa que ostenta una posición dominante en un mercado particular se reserva para sí misma o para una empresa perteneciente al mismo grupo una actividad complementaria que podría ser llevada a cabo por otra empresa como parte de sus actividades en un mercado vecino pero separado, con la posibilidad de eliminar toda competencia procedente de tal empresa”*.

FS ha hecho uso de su poder como organismo de asignación de capacidad para negar a GVG, un competidor potencial en el mercado de servicios de transporte de pasajeros, franjas ferroviarias en la ruta Domodossola-Milán. Retuvo tanto la información necesaria para que GVG elaborara un plan empresarial adecuado y negó efectivamente el acceso a GVG sin una justificación objetiva, evitando así que GVG se incorporara al mercado de

prestación de servicios de transporte de pasajeros en esta ruta. Al decidir retener para sí misma el mercado de prestación de servicios transfronterizos de transporte de pasajeros por ferrocarril, FS había ampliado su posición dominante en el acceso a infraestructuras en este mercado vecino pero separado.

En las circunstancias del presente asunto, dijo la Comisión “*un organismo realmente independiente de cualquier empresa ferroviaria*¹⁰⁰⁹ (-y por tanto en contra de la independencia que se exige por la Directiva 91/440-) *habría considerado activamente todos los posibles medios, en términos de disponibilidad de franjas horarias y otros problemas prácticos y técnicos, de la concesión de acceso a GVG a la infraestructura en condiciones justas y no discriminatorias. Sin embargo la experiencia de asuntos anteriores sugiere que es probable que un organismo de asignación que también actúa en el mercado proporcionando servicios mediante su propia infraestructura prefiera un acuerdo que minimice los inconvenientes para sí mismo, especialmente en relación con sus propias operaciones como usuario*”¹⁰¹⁰. Es claro que indica que FS tiene una estructura de integración vertical que la hace estar presente en esos dos mercados y por tanto con un interés de restringir la competencia a favor de sus propias actividades en el mercado secundario en el que aun siendo monopolista no quiere abrir a la competencia.

- Segundo mercado

Respecto de la denegación de la tracción, la Comisión, como hemos visto, examinó “*si GVG (o cualquier otra empresa ferroviaria de otro Estado miembro) tendría alternativas para alquilar tracción en el tramo italiano del servicio de transporte entre Basilea y Milán*”. Este examen mostró que no existían alternativas comercialmente viables para GVG ni cualquier otra empresa ferroviaria no italiana, siendo indispensable que GVG obtuviera la tracción de FS en la red ferroviaria italiana. Y tampoco existía ninguna razón objetiva: “*FS no carece de equipos de tracción ni hay razones de seguridad que le impidan proporcionar tracción a GVG, FS podría obtener una remuneración adecuada por la prestación de tales servicios y no opera bajo obligaciones de servicio público*¹⁰¹¹ *que le*

¹⁰⁰⁹ También en la Decisión de *Sea Containers c/ Sealink*, la Comisión afirmó que ‘esa no era la conducta que se habría normalmente esperado de una autoridad portuaria independiente’, la cual presumiblemente estaría abierta a cualquier relación comercial que incrementara sus ingresos. Este aspecto también recuerda a la concepción del TS americano en el primer asunto examinado en este capítulo, *Rail Road Association*, ‘que actúa apropiadamente como una asociación como un agente imparcial en cada línea’.

¹⁰¹⁰ Sobre este punto la Comisión mencionó la Decisión 94/19/CE en *Sea Containers c/ Stena Sealink*, Decisión que ya hemos analizado en el epígrafe IV- 2) de este capítulo.

¹⁰¹¹ Debe distinguirse la EFD/DRE de la noción de ‘servicio universal’ (que es como se denomina en la legislación comunitaria a ‘los servicios públicos’) que se dan en algunas industrias

impidan proporcionar servicios de tracción a GVG. El servicio previsto de GVG entre Basilea y Milán compite con el Cisalpino, que es una empresa conjunta de FS y SBB, y en consecuencia, FS es dominante en el mercado de tracción y también en el del transporte de pasajeros, en el que no tiene ninguna competencia”.

Al rechazar proporcionar tracción a GVG, FS impide que un competidor potencial entre en este mercado y preserva su posición de monopolio, eliminando la competencia potencial. Una vez mas también aquí aplica la EFD/DRE: *“El Tribunal ha sostenido con regularidad que la extensión de un monopolio desde un mercado dado a un mercado adyacente¹⁰¹², sin justificación objetiva, está prohibida de conformidad con el artículo 82 TCE. En el caso Télémarketing el Tribunal confirmó que se comete un abuso del artículo 82 cuando una empresa que posee una posición dominante en un mercado particular se reserva, sin ninguna necesidad objetiva, una actividad complementaria que podría ser realizada por otra empresa y si ello elimina toda competencia de tal empresa. Esto se aplica incluso cuando la posición dominante se debe no a la actividad de la propia empresa sino al hecho de que en virtud de las disposiciones legales vigentes no puede haber competencia en ese mercado o sólo en un estado muy limitado”.*

Teniendo en cuenta que desde que empezó a analizar el abuso, solo ha nombrado, definido y aplicado la EFD/DRE es sorprendente que en el Considerando 144 la Comisión equipare la EFD/DRE a la negativa de suministro, como sigue: *“Finalmente, con arreglo a la jurisprudencia, la denegación de suministro también constituye un abuso que conlleva el riesgo de eliminar la competencia procedente de la empresa que solicita el suministro en el mercado pertinente o de obstaculizar el desarrollo del competidor, y ello cuando no está objetivamente justificada”.*

- Tercer mercado

Respecto al abuso en el último mercado de transporte de pasajeros por ferrocarril, examinó la negativa a negociar la formación de una agrupación internacional como requisito indispensable para poder proporcionar un servicio de transporte de pasajeros, refiriéndose una vez más al caso *ENS*. Solo quedaba analizar entonces la justificación

reguladas. Implica dar un servicio al público incluso si no es comercialmente rentable explotar tal servicio. Una obligación de servicio universal surge de la regulación específica de un sector más que de principios generales de competencia. Como resultado, una obligación de servicio universal es a veces usada como argumento en contra de que se permita la entrada de la competencia en un sector o si existe competencia para justificar un subsidio a ciertos operadores. Véase respecto a los servicios públicos ferroviarios en el cap. I, el epígrafe III- 6.1.3.

¹⁰¹² Por tanto, un caso de *leveraging* o apalancamiento de mercados.

que ofreció FS de que no existía ninguna obligación conforme a la legislación de la Unión Europea de formar una agrupación internacional y de que participaría en ella solamente si ello tuviera un interés comercial, pero la Comisión no las consideró razones concretas para no entablar tales negociaciones. Asimismo FS se justificó en que el servicio previsto por GVG competiría con sus propios servicios, en particular el Cisalpino, en la ruta Basilea-Milán, a lo que la Comisión respondió que preservar su monopolio en esta ruta no era un argumento aceptable.

En conclusión, la Comisión tuvo en cuenta las particularidades específicas del sector ferroviario, y dentro de ello, la falta de competencia existente en este mercado por lo que era necesario proteger la competencia potencial, como se pone de relieve igualmente en el *XXXII Informe sobre la política de Competencia*, de 2002, como sigue: “el comisario Monti expuso la concepción de la Comisión sobre la política de Competencia en el ámbito del transporte ferroviario. El Sr. Monti puso de relieve tres deficiencias estructurales que siguen impidiendo la integración del mercado y la competencia efectiva: la ausencia de separación adecuada entre los gestores de las infraestructuras ferroviarias y los explotadores de servicios ferroviarios que las utilizan, la falta de transparencia en el modo de atribución de los tramos internacionales y, por último, la falta de competencia por el lado de la oferta.”¹⁰¹³

5) El asunto GVG c/DB y la incentivación de nuevos servicios ferroviarios

En el asunto GVG/SJ PO/DB, el denunciante afirmaba que DB había actuado de manera discriminatoria en el suministro de servicios de tracción e impedido al nuevo operador mantener un servicio internacional de transporte de viajeros, que constituía un enlace ferroviario crucial entre Alemania y Suecia.

De este asunto solo consta una nota de prensa de 12 de octubre de 2001¹⁰¹⁴, tras el envío de la Comisión a DB, como sabemos la empresa ferroviaria propiedad del estado alemán, un pliego de cargos que afirmaba que DB había infringido las normas europeas de competencia al negarse a proporcionar tracción a un pequeño competidor alemán. La negativa hacía casi imposible que Georg Verkehrsorganisation (GVG) y su socio Statens Järnvägar (SJ), empresa ferroviaria propiedad del Estado sueco, ofrecieran un servicio

¹⁰¹³ En el párr. 132 XXXII Informe sobre la política de Competencia, de 2002. Respecto a la cuestión de la *competencia por el lado de la oferta*, véase en el cap. I, el epígrafe IV- 3.2.

¹⁰¹⁴ Nota de prensa IP/01/1415. No se llegó a tomar ninguna Decisión en este asunto ni a publicarse, solo se empezó el procedimiento de investigación (COMP/37.985).

regular de transporte de pasajeros por ferrocarril de Berlín a Malmö.

Desde el 25 de septiembre de 2000, SJ había operado en esta ruta con su socio alemán GVG como grupo internacional. Sin embargo, dado que este servicio necesitaba cierto tipo de locomotora especial para operar entre Berlín y Sassnitz, GVG tenía que alquilar una locomotora a otro operador. En aquel momento, DB, que explotaba más de 1000 locomotoras adecuadas para prestar este servicio, era la única empresa que podía suministrar tal servicio de locomotora con carácter regular. Otro tanto ocurría con el servicio de asistencia necesario. A pesar de que DB había proporcionado tracción a GVG en ocasiones anteriores, llegó un momento en que pidió un precio considerablemente más alto y se negó a suministrar tracción pasado de un mes. Esto dio lugar a una denuncia de GVG y SJ ante la Comisión Europea.

En su pliego de cargos, la Comisión consideró que DB abusó de su posición dominante de tres maneras:

- Un abuso de posición dominante por la discriminación contra GVG/SJ al exigirles que pagaran un precio considerablemente más alto que el que DB aplicaba a los propietarios privados de vagones por la prestación del mismo servicio de tracción.
- Un segundo abuso cuando, después de un mes, DB se negó por completo a suministrar tracción.¹⁰¹⁵
- En tercer lugar, DB exigió a GVG que contratase a su propio personal, incrementándose los costes de GVG, pues no podía rentabilizar tal personal adicional para solo una ruta. Si, como consecuencia, GVG/SJ se veía obligada a interrumpir las operaciones en esta ruta, se privaba de un importante enlace ferroviario a los consumidores que viajan entre Alemania y Suecia.

El primer supuesto es un abuso de explotación, que al mismo tiempo constituye una

¹⁰¹⁵ GVG necesitaba una locomotora que estuviera equipada para funcionar en la red ferroviaria alemana del este, que pudiera funcionar a una velocidad de por lo menos 120 km por hora y que pudiera proporcionar electricidad para la calefacción. El último requisito excluía por ejemplo las locomotoras diesel. DB explotaba alrededor del 99% de todas las locomotoras equipadas para tal servicio. Mientras que las locomotoras adecuadas de segunda mano no solían estar disponibles, la adquisición de una nueva locomotora implicaba un coste fijo prohibitivamente alto. Más importante aún, DB era la única que explotaba un grupo de locomotoras que ofreciera el servicio de asistencia necesario si la locomotora utilizada necesitaba mantenimiento o reparación. Poseer un grupo de locomotoras, como era el caso de DB, permitía reducir considerablemente el coste global de la operación ya que limitaba el tiempo de inactividad de las locomotoras. Puesto que DB se había negado a proporcionar tracción a GVG/SJ, éstos habían encontrado una solución temporal alquilando una locomotora a un fabricante. Sin embargo, como no podían obtener el servicio de asistencia necesario sin la obtención de la tracción de DB, no estarían en condiciones de continuar operando en esta ruta en el futuro.

negativa de suministro constructiva. El segundo y tercer abusos son una negativa de suministro a un input esencial para poder ofrecer un servicio de transporte de pasajeros por tren en una ruta específica entre Estados miembros.

La Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo han declarado que es fundamental revitalizar el transporte ferroviario en la Comunidad. Para estimular el desarrollo del sector ferroviario y aumentar su competitividad frente a otros medios de transporte, se considera generalmente que es esencial que haya una mayor competencia en el mercado del transporte ferroviario ofreciendo nuevos servicios. Según lo señalado en el Libro Blanco de la Comisión *sobre la "revitalización del ferrocarril en la Comunidad"*, el fuerte declive del transporte ferroviario en comparación con el transporte por carretera y por vía aérea se debe principalmente a la política de precios y al servicio comparativamente pobre que ofrecen los servicios de transporte ferroviario.

En el comunicado de prensa de 2001 citado antes, dice que *«Al introducir la posibilidad de prestar servicios internacionales ferroviarios de transporte de pasajeros en la UE en forma de asociación ("agrupación internacional"), la Directiva 91/440 constituye un primer paso en la liberalización del mercado de transporte de pasajeros por ferrocarril en la Comunidad. Sin embargo, a pesar de que la Directiva 91/440 entró en vigor hace más de 8 años, no ha habido casi ninguna competencia en la prestación de servicios ferroviarios de transporte internacional de pasajeros en la Comunidad. Este es el primer caso en que una empresa ferroviaria estatal ha formado una agrupación con una empresa privada en competencia con otra empresa ferroviaria estatal»*.

Por tanto, tanto la Decisión anterior GVG c/ FS como esta que acabamos de ver, y dado los objetivos de política ferroviaria anunciados, produjeron un efecto disuasorio en el mercado, pues era claro que si este caso hubiera llegado más lejos, no solo se hubiera impuesto a DB una multa sino que habría sido obligada a suministrar la tracción. Por tanto, ambas partes llegaron a un acuerdo satisfactorio sin que la Comisión tuviera que llegar a dictar una Decisión.

El Comunicado de prensa concluía: *“Solamente podrá alcanzarse un sector ferroviario más dinámico y atractivo si existe más competencia en el sector. Los nuevos operadores proporcionarán nuevos servicios y una diferente combinación de calidad/precio, ingredientes clave para recuperar pasajeros para el ferrocarril y reducir la sobrecarga de las carreteras europeas. Por lo tanto, la aplicación de las reglas de competencia en el sector*

ferroviario comunitario se ha convertido en una prioridad.”

Existen muy pocos casos en los que se haya hecho referencia a la Doctrina de los recursos esenciales o se haya aplicado al sector de los transportes, por lo que es muy significativo reproducir la opinión de un delegado francés de un Comité para la UE que asistió a la Comisión Europea¹⁰¹⁶: *“No ha habido en el sector ferroviario mucha aplicación del Derecho de la Competencia, con la excepción de algunas fusiones en algunos países. Dada la gran cuota de mercado que conservan las compañías nacionales, el hecho de que no haya casos de Derecho de la Competencia es una mala señal, porque significa que los competidores o no existen o no constituyen ninguna preocupación para dichas compañías nacionales.”*

6) EUROSTAR, la tendencia a las concentraciones en la liberalización del sector ferroviario¹⁰¹⁷

Conforme hemos visto en el cap. I, en sectores como el ferroviario, -en los que la infraestructura constituye un monopolio natural y que cuenta con importantes costes hundidos-, en proceso de liberalización, las empresas tienden a concentrarse ¹⁰¹⁸. Es

¹⁰¹⁶ Literalmente: “There has not been much antitrust enforcement in rail, with the exception of a few mergers in very few countries. Given the high market shares of incumbent operators, the fact that there are no antitrust cases is a bad sign, because it means that competitors either do not exist, or are not really a threat to incumbent operators”. Informe publicado por the Stationery Office: *Liberalising Rail Freight Movement in the EU*, Lords Select Committee on the European Union, 4th Report, Session 2004-05, HL Paper 52.

¹⁰¹⁷ Caso IV/M. 1305: EUROSTAR de 9 de diciembre de 1998 bajo el Reglamento de concentraciones del Consejo 4064/89, (DO 1999/C 256/04). Véase, además, el epígrafe V del cap. III respecto al control de concentraciones.

¹⁰¹⁸ El 19 de marzo de 2008, la Comisión autorizó la adquisición del proveedor de logística español Transfesa por la empresa ferroviaria estatal alemana Deutsche Bahn, COMP/M.4786 *Deutsche Bahn/Transfesa*. Parece que DB ha adquirido los operadores ferroviarios más importantes de un buen número de países europeos. Asimismo, el 25 de noviembre de 2008, la Comisión aprobó la adquisición de la húngara MÁV Cargo por la empresa austriaca RCA, sujeta a condiciones. Ambas empresas están activas en la provisión de servicios de transporte de mercancías y servicios de expedición, y cada una es una subsidiaria de sus respectivas compañías estatales de ferrocarril, asunto COMP/M.5096 *RCA/MÁV Cargo*. Por otra parte, en Noviembre de 2008, la Comisión aprobó la propuesta de adquisición de English, Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS), el sucesor del negocio de carga del anterior monopolio ferroviario nacional de Gran Bretaña, por parte de Deutsche Bahn (DB) — la empresa estatal ferroviaria alemana. La fusión propuesta no supone ningún solapamiento significativo de las actividades de las partes. Sin embargo, aunque no se daba ningún solapamiento en las actividades de las partes en ningún mercado geográfico nacional, la Comisión entendió que la transacción propuesta, como fue inicialmente notificada, resultaría en una minoración de la competencia en el mercado francés de carga ferroviaria, el cual está dominado por el operador estatal, SNCF. La investigación de la Comisión indicó que EWS, aunque un nuevo entrante en este mercado, podía ejercer con toda probabilidad una presión competitiva significativa en el operador francés en el futuro. A la Comisión le preocupaba que DB no tendría los mismos incentivos para perseguir la expansión del

misión del Derecho de la Competencia vigilar estas concentraciones por si se produce el efecto contrario al querido por la liberalización, limitando la competencia al posicionarse como una empresa dominante la nueva compañía concentrada. En la industria ferroviaria las empresas son principalmente estatales, y con mayor rigor, han de controlarse las concentraciones que lleven a cabo, puesto que no han llegado a ser posiciones monopolistas por meritos propios, y por ello, su responsabilidad cualificada como propietarias de recursos esenciales es incluso mayor a la hora de dar acceso a su infraestructura. El caso Eurostar nos muestra este planteamiento y su problemática.

En el presente caso se trata de la formación de una *joint venture* o empresa en participación llamada ICRR (Inter-Capital and Regional Rail Limited), que se encargaría de la gestión y control de Eurostar hasta 2010 de parte de LCR (London and Continental Railways), propietario absoluto de su filial Eurostar (EUKL). Eurostar o EUKL opera, en el tramo inglés del recorrido, el servicio de transporte ferroviario de pasajeros entre Londres y París/Bruselas.

ICRR tendría como participantes a SNCF (empresa ferroviaria estatal francesa), con un 40% de participación; a NEG (National Express Group, que es una empresa británica de operación de servicios ferroviarios y autobuses para pasajeros), con un 35%; a SNCB (empresa ferroviaria estatal belga), con un 15%; y, a British Airways (BA) con un 10%. Además el Reino Unido tendría una acción especial, pero sin ningún derecho (de voto o de cualquier otra clase).

En el examen de una operación de concentración como esta se examinan para autorizar la misma, en primer lugar, los mercados implicados. En esta Decision, la Comision indicó que la única actividad que podría solaparse con esta concentración son los servicios aéreos de BA en la ruta Londres a Bruselas o a París. Respecto a las otras empresas que forman parte del consorcio, sus actividades no se solaparían/competirían con las de la *joint venture*, y aunque SNCF y SNCB son de propiedad estatal, no parece

transporte ferroviario de carga en Francia con la misma intensidad que lo haría EWS si no se fusionara, y que la fusión conduciría, por tanto, a un empobrecimiento de la competencia en el transporte francés de mercancías. Para hacer frente a esta inquietud, DB se encargó de que EWS llevara a cabo sus planes de expansión en Francia y de dotar de acceso no-discriminatorio a ciertas actividades de formación e instalaciones de mantenimiento de EWS en Francia por un periodo de cinco años. Caso COMP/M.4746 *Deutsche Bahn/EWS*, Decisión de 6.11.2007.

Por su parte, la Comisión aprobó el 12 de junio la adquisición de la empresa de ferrocarriles polaca PCC Logistics por Deutsche Bahn AG, Asunto COMP/M.5480. En octubre, la Comisión devolvió a Francia el examen de una operación de concentración por la que la SNCF tomaría el control conjunto de Keolis, una empresa que opera en el sector del transporte público de viajeros, Asunto COMP/M.5557 SNCF/CDPQ/Keolis/Effia.

que la gestión de EUKL fuera a influenciar en la situación competitiva entre sus líneas aéreas estatales y Eurostar.

En el análisis del mercado de producto se identificaron dos mercados: los pasajeros de negocios o sensibles a los horarios, y los turistas, no sensibles a los horarios sino al precio, en las rutas Eurostar. Recordemos en la Decisión *ENS* vista, la Comisión identificó en un principio los mismos dos mercados. Respecto a los pasajeros de negocios o sensibles a los horarios, el viaje por mar no forma parte del mismo mercado, precisamente por la importancia del tiempo, solo el aéreo estaría en competencia y, por lo tanto, formaría parte del mismo mercado debido a que sería un transporte sustituto con el ferroviario. Para los pasajeros turistas, el transporte marítimo o de ferry y el autobús, así como el coche en los servicios de lanzadera a través del túnel son sustitutos.

En el mercado geográfico, se dan dos rutas: Londres a París y Londres a Bruselas. Para los pasajeros turistas se incluyeron en estos mercados geográficos los aeropuertos de Londres porque el factor tiempo no les afecta, no así para los pasajeros de negocios.

En segundo lugar, identificados los mercados, se pasó a la valoración de diversos factores, como sigue:

- a) Cuotas de mercado de Eurostar en comparación con las compañías aéreas que realizaban esta ruta.¹⁰¹⁹
- b)** Estructura de mercado.¹⁰²⁰
- c) Barreras a la entrada/expansión.¹⁰²¹

¹⁰¹⁹ Para el primer grupo de pasajeros, los de negocios, el párr. 30 dice que aunque en estas rutas las cuotas de mercado de Eurostar, seguida por BA, son las más significativas, sin embargo, no son indicativas de la creación de una posición de dominio, y que existe suficiente competencia en el mercado para que no les sea posible poder llevar a cabo prácticas discriminatorias. Para el segundo grupo de pasajeros o turistas, la competencia de los otros modos de transporte es mayor que la suma conjunta de las cuotas de Eurostar y BA, por lo que este mercado ya no tiene sentido analizarlo más allá.

¹⁰²⁰ La estructura en el mercado de pasajeros de negocios en estas dos rutas es muy concentrada, y el producto es homogéneo con pocas diferencias entre la oferta de Eurostar y la de las compañías aéreas (siendo BA la mejor alternativa entre el resto de las otras compañías aéreas y el competidor más fuerte en ambas rutas). Los precios de los diferentes ofertantes están alineados y son transparentes. La cuota de BA en ICRR después de la concentración puede que haga la estructura de mercado más concentrada. Pero no es probable que Eurostar y BA se hagan la competencia entre ellas, sino más bien que coordinen sus niveles de precios. Además, planean desarrollar dentro del consorcio proyectos en común que cubren importantes aspectos del negocio de EUKL.

¹⁰²¹ No es probable la entrada de nuevos competidores al mercado en los niveles actuales de precios (no son lo suficientemente atractivos) y tampoco existe ningún déficit de calidad que necesite ser satisfecho por parte de cualquier nuevo competidor o que deje espacio para la

d) Posibles efectos anticompetitivos.¹⁰²²

Los participantes de ICRR han, por medio de un acuerdo suplementario, acordado entre ellos que durante la duración de la operación notificada, no se llevaran a cabo ninguno de los proyectos comunes planeados sin el consentimiento anterior de la Comisión, y que al negociar estos asuntos entre ellos no intercambiaran información comercialmente sensible sin el consentimiento previo de la Comisión. Una vez que se llegó a este compromiso, la Comisión no se opuso a la operación notificada, dando luz verde a la concentración.

Por otra parte, en 2009 se concedió una ayuda de Estado¹⁰²³ por valor de 5.163 millones de libras para el saneamiento financiero del enlace de alta velocidad (HS1) entre Londres y el túnel del canal, cuyo desarrollo fue llevado a cabo por LCR y que se entregó en noviembre de 2007. El desarrollo de HS1 conllevó una importante carga financiera que hizo que las tarifas de acceso a la infraestructura fueran muy altas, constituyendo una barrera para la entrada de nuevos competidores en el mercado. La operación consistía en la reorganización de la financiación de la infraestructura de HS1, asumiendo todas las deudas de LCR. Todas las actividades de infraestructura se consolidaron en una sola entidad. Así la infraestructura y las operaciones de transporte se separaban. Y las tarifas de acceso se reducían significativamente.

La ayuda de Estado también tenía como objetivo la reestructuración de Eurostar e implicaba la desvinculación de la infraestructura y las actividades de transporte, lo que posibilitaría que sus relaciones con el gestor de la infraestructura se establecieran bajo

extensión de cualquier competidor existente. Los costes de entrada de nuevos competidores además de significativos serían más altos que los que afrontan las empresas actuales. Además, los operadores existentes tienen exceso de capacidad. Es posible que BA y/o Eurostar puedan superar cualquier intento de las otras compañías competidoras de ganar cuota de mercado reduciendo precios, puesto que su cuota conjunta es mayor que la de cualquier competidor. Es lógico para los competidores seguir cualquier subida de precios iniciada por BA o Eurostar más que desafiarla, ya que así obtendrían algún ingreso extra sin asumir riesgos (es decir, paralelismo consciente). Véase en relación a la figura del paralelismo consciente, el epígrafe IV- 6 del cap. III.

¹⁰²² Existía un riesgo, aunque incierto, de que la concentración pudiera crear las condiciones para un comportamiento paralelo anticompetitivo de subir precios por parte de BA y EUKL en el mercado de los pasajeros sensibles a los horarios. El comportamiento de EUKL, era limitado por su notablemente pequeña participación en ICRR y su ausencia de poderes directivos. La capacidad de BA de usar su participación en ICRR para subir los precios de sus propios servicios estaba también limitada por las condiciones restrictivas de compartir información confidencial que los miembros de ICRR impusieron a BA. Aun así, la creación del consorcio podía permitir que se desarrollaran intereses comunes e influir las políticas y prácticas de EUKL, sin que los otros competidores fueran lo suficientemente fuertes para prevenirlas.

¹⁰²³ Asunto N420/2008 en DO C183 de 5 de agosto de 2009 (2009/C 183/02). Ver comunicado de prensa IP/09/761 de 13 de mayo de 2009.

una base comercial y con tarifas de mercado.

La Comisión verificó que estas ayudas estuvieran diseñadas para promocionar la ejecución de un proyecto de interés común europeo y consideró que la reorganización financiera de LCR cumplía con el art. 87(3), b) TCE. Además declaró la reestructuración de EUKL compatible con art. 87(3), c)¹⁰²⁴.

En relación a este caso, en 2010 la Comisión aprobó una nueva concentración¹⁰²⁵ o quizá mejor dicho una revisión de la concentración original Eurostar. Esta vez la *joint venture*, llamada “new Eurostar”, estaría formada por SNCF y LCR. SNCB solo mantendría una participación sin poder de decisión en la *joint venture*.

LCR, como ya hemos visto, es una compañía ferroviaria propiedad del Estado británico que controla la infraestructura ferroviaria High Speed 1 entre el Channel Tunnel y Londres, así como las estaciones (incluyendo St Pancras en Londres) y las operaciones de Eurostar a través de su filial EUKL.

Eurostar es el único proveedor actual de servicios de pasajeros por ferrocarril entre Londres y París y Londres y Bruselas, incluyendo paradas intermedias, entre otros lugares, Lille y Calais. Opera bajo una cooperación entre SNCF, EUKL y SNCB, como hemos visto. Cada empresa ferroviaria es propietaria de sus propios activos y tiene responsabilidad sobre la operación del servicio en su territorio nacional respectivo. A través de la transacción propuesta, “New Eurostar” se convierte en una *joint venture* independiente y autónoma, controlada por SNCF y LCR, operando el servicio Eurostar a través de Francia, Reino Unido y Bélgica.

La investigación de la Comisión consideró que la transacción propuesta, tal y como fue notificada inicialmente, habría levantado inquietudes en cuestiones de competencia, ya que podría resultar en mayores dificultades para la entrada al mercado de nuevos competidores en las dos rutas, y podría por tanto perpetuar la posición dominante de Eurostar. Los servicios internacionales ferroviarios de pasajeros están liberalizados desde

¹⁰²⁴ Ahora en el TFUE, art. 107, 3: “Podrán considerarse compatibles con el mercado interior: b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;”.

¹⁰²⁵ Véase IP/10/755, 17 Junio 2010.

el 1 de enero de 2010 y con el fin de aportar servicios alternativos, es importante que empresas y nuevos operadores tengan acceso a la infraestructura existente, desde luego pagando tarifas de acceso a dicha infraestructura. Para salir al paso de las inquietudes de la Comisión, SNCF, LCR y SNCB ofrecieron una serie de compromisos diseñados para asegurar un acceso efectivo para los nuevos competidores a los servicios internacionales en las estaciones (incluyendo contadores de tickets, información de pasajeros y áreas de control de seguridad) de, entre otras, París Nord, London St Pancras y Brussels Midi, y acceso a servicios de mantenimiento ligero en depósitos en Francia, UK y Bélgica que estaban bajo el control de los tres ferrocarriles. Asimismo, las partes se comprometieron a liberar un número de recorridos para el beneficio de los nuevos competidores si no pudieran obtenerlos bajo el procedimiento normal de adjudicación de capacidad, que se lleva a cabo por los gestores de la infraestructura ferroviaria.

La Comisión decidió que los remedios propuestos reducían las barreras para los nuevos competidores y que contribuían a asegurar los beneficios que la liberalización de los servicios de pasajeros internacionales aportan a los consumidores. Por ello, la Comisión concluyó que la transacción, modificada por los compromisos propuestos, no provocaría problemas de competencia.

2. Síntesis de los casos ferroviarios. La relación entre art. 101 TFUE y la doctrina de los recursos esenciales

No pueden entenderse los casos ferroviarios analizados sin tener en cuenta el contexto regulatorio específico en el que se desarrolla el mercado del ferrocarril. El objetivo de la Comisión en todos estos casos fue incentivar la liberalización y apertura del mercado a través de la protección de la competencia no solo residual sino también potencial, y con ello, la introducción de nuevos servicios ferroviarios, ya fuera a través del art. 101 TFUE (asuntos *Eurotunnel*, *MCN* y *ENS*) o del art. 102 TFUE (asuntos *HOV-SVZ*, *GVG c/ FS*, *GVG c/ DB*).

En el caso *Eurotunnel* la exención al Acuerdo de Utilización conjunta concedida por la Comisión en razón del art. 101(3) TFUE fue anulada por el TPI en base a un error basado en la apreciación de efectos contrarios a la competencia por causa del mencionado Acuerdo. Pero qué competidor querría o podría entrar en un mercado en el que dos empresas ferroviarias estatales se reparten la mitad de la capacidad de la infraestructura y la otra mitad es gestionada por un gestor que no solo proporcionaba la capacidad a los

anteriores, sino que existían fuertes vínculos estructurales entre ellos. El efecto disuasorio respecto a cualquier competidor potencial era patente, solo que la Comisión únicamente podía echar mano del art. 101, -ya que el art. 102 no previene la monopolización de mercados, solo castiga el abuso-, con el fin de proteger la competencia potencial en la emergencia de un nuevo mercado ferroviario por la construcción del túnel del Canal. Igualmente, aunque con distintas circunstancias, la Decisión *ENS* y el acuerdo *MCN*, planteaban la misma cuestión de fondo.

En la Decisión *HOV-SVZ* el abuso de DB, gracias a la propiedad de la infraestructura ferroviaria alemana indispensable y por imposición de tarifas discriminatorias con el fin de beneficiarse no solo como empresa dominante en el mercado primario, sino también a través de su filial en el mercado derivado, fue reprendido en el marco del art. 102, c) TFUE. Los asuntos *GVG c/ FS* y *GVG c/ DB* demostraron la esencialidad del acceso a la capacidad de infraestructura y a los servicios de tracción en mercados nacionales monopolísticos; identificados los abusos excluyentes directos que se producían por ser dichos recursos esenciales, afectando a la competencia del transporte ferroviario internacional, se reprendieron dentro del ámbito del art 102, sin especificarse cuál de sus supuestos venía de aplicación. Consideramos que estos dos últimos asuntos son casos tan claros de recursos esenciales, que por cumplirse los estrictos requisitos de aplicación de la EFD/DRE, el abuso podía establecerse *per se*.

Asimismo, los asuntos que acabamos de ver nos hacen plantearnos la cuestión de la relación entre art. 101 TFUE y EFD/DRE en el ámbito de la legislación comunitaria de competencia, ya que la mayoría de ellos (*Eurotunnel*, *MCN* y *ENS*) se analizaron en el marco del art. 101 TFUE, a pesar de plantear cuestiones de recursos esenciales.

TEMPLE LANG, J. dice¹⁰²⁶ que en los casos del art. 101 existe un deber de no discriminación equivalente al impuesto en virtud del art. 102, siendo el resultado similar tanto si el caso es analizado a tenor del art. 101 como del art. 102, pero es más fácil justificar la imposición de una obligación de proporcionar acceso a través del art. 101¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶ En este ámbito ha sido el que más ha profundizado, dentro del marco europeo, en el estudio de la EFD/DRE. Véase TEMPLE LANG, J. en “Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities”, *Fordham International Law Journal*, vol. 18, n° 437, 1994-1995, pp. 439-524.

¹⁰²⁷ Del mismo modo en el ámbito USA, así BLUMENTHAL, W. en *Compulsory access under the antitrust laws*, King & Spalding, Washington, D.C., citando el caso *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991): “The court made clear that the antitrust analysis of unilateral conduct is fundamentally distinct from that of concerted actions by multiple firms. The court continued by quoting *Areeda*: [Associated Press] cannot automatically govern unilateral denial

Cuando la Comisión impone una condición de no discriminación con el fin de poder conceder una exención individual a un acuerdo contemplada en el art. 101 (3), tal y como sucede en el caso ENS que acabamos de analizar, esta ejercitando un poder de discreción más amplio y menos laborioso que cuando impone un comportamiento no discriminatorio en razón del art. 102 porque según esta última disposición se requieren requisitos más estrictos, en el sentido de que para aplicar el art. 102 se debe antes establecer y justificar un abuso de una posición dominante que se castiga imponiendo un deber de acceso no discriminatorio, en el que además el juez debe indicar los términos precisos del acuerdo en los que se debe garantizar dicho acceso. En otras palabras, es más fácil que la Comisión de luz verde a un acuerdo prohibido por el art. 101 basándolo en la exención individual del art. 101 (3) imponiendo obligaciones generales de no discriminación a las empresas que forman el acuerdo en el ejercicio de tal acuerdo así eximido, que imponer una obligación de no discriminación debiendo analizar primero si se ha producido un abuso para castigarlo en virtud del art. 102, ya que, además, este no recoge la monopolización o prevención de conductas abusivas (solo las castiga). Ahora bien, concedida una exención individual a la prohibición del art. 101(1) que por la misma se genera una posición de dominio colectiva, no debe usarse esta exención para llevar a cabo prácticas abusivas en forma de discriminación o de

of an essential facility for several reasons. First, and most obvious, concerted action is exceptional, whereas unilateral action is omnipresent. Innumerable firms engage in unilateral action every day. We have to be very wary about examining the decisions of each of those firms in our economy Second, concerted exclusion is much easier to remedy, particularly when an outsider, who is willing to invest on an equal basis, seeks admission at the time the joint venture is created. . . . Third, admission to a joint venture is a one-time remedy that does not require [the exertion of] day-to-day control [by the courts].” Traduzco: “El tribunal dejó claro que el análisis antitrust de la conducta unilateral es fundamentalmente distinto del que se lleva a cabo para las conductas concertadas por parte de múltiples empresas. El tribunal continuó citando a Areeda: refiriéndose al caso Associated Press, no puede automáticamente guiar la negativa unilateral de un recurso esencial por varias razones. La primera razón, y la más obvia, la conducta concertada es excepcional, mientras que la conducta unilateral es omnipresente. Innumerables empresas realizan conductas unilaterales cada día. Tenemos que ser muy cautelosos en el examen de las decisiones de cada una de esas empresas en nuestra economía.... En segundo lugar, la exclusión concertada es mucho más fácil de remediar, particularmente cuando una empresa, que está dispuesta a invertir en pie de igualdad, busca admisión en el momento en que la empresa conjunta es creada... En tercer lugar, la admisión a formar parte de una empresa conjunta es un remedio de una sola vez que no requiere el esfuerzo diario de control por parte de los tribunales como así sería en casos de conducta unilateral.” El mismo autor, refiriéndose en la pag. 23 al caso *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994) cita lo siguiente “*Despite the theoretical possibility, there have been relatively few cases in which a unilateral refusal to deal has formed the basis of a successful Section 2 claim. Several of the cases commonly cited for a supposed duty to deal were actually cases of joint conduct in which some competitors joined to frustrate others.*”, lo que viene a traducirse como: “A pesar de la posibilidad teórica, ha habido relativamente pocos casos en que la negativa de trato/acceso ha formado la base de una demanda efectiva bajo la Sección 2. Varios de los casos comúnmente citados respecto a un supuesto deber de trato/acceso fueron en realidad casos de conducta conjunta en los que algunos competidores se unieron para frustrar a otros.”

denegación de acceso a un recurso esencial, especialmente si este recurso esencial surge o es consecuencia del acuerdo exencionado¹⁰²⁸.

TEMPLE LANG, J. distingue varios tipos de situaciones en el marco del art. 101, que se darían si otros competidores no pueden en la práctica proveer sus propios recursos o instalaciones:

- Casos en que la cooperación entre competidores es esencial para llevar a cabo el acuerdo en cuestión (llamado cooperación mutua horizontal)¹⁰²⁹.
- Casos en que la *joint venture* propietaria del recurso esencial esta fundamentalmente en una posición dominante, y el hecho de que los usuarios en el mercado derivado sean también accionistas no afecta significativamente su posición¹⁰³⁰.
- Casos en que un recurso esencial ha sido desarrollado por una empresa para su propio uso, y más tarde es compartida con otras empresas como propietarias también y no como meras usuarias¹⁰³¹.
- Casos en que la cooperación es esencial para suministrar algún servicio a todos los participantes por razones tales como la imposibilidad de lograr las necesarias economías de escala¹⁰³².

El deber de no discriminar se impondría a las empresas matrices, incluso si no controlan el recurso esencial directamente pero tienen cuotas de mercado importantes, y aunque no necesariamente dominantes. Aunque respecto a este último punto siempre habrá de tenerse en cuenta la definición que se haga del mercado dominante, de lo que dependerá la cuota de mercado en el mismo. En estos casos, la Comisión impone una obligación en las empresas matrices de abstenerse de discriminar en favor de su *joint venture* o empresa en participación, si las matrices solo hubieran entrado al mercado gracias a la creación de la *joint venture* o si la existencia o las operaciones de la *joint venture* impusieran una desventaja seria en los competidores excluyéndolos del acceso a ese

¹⁰²⁸ Como consecuencia de los acuerdos verticales que ENS tuvo que entablar con cada empresa ferroviaria se podían cometer discriminaciones abusivas al encontrarse ENS (como empresa formada únicamente por las mismas empresas ferroviarias nacionales) en una situación de ventaja (condiciones de acceso a la infraestructura ferroviaria) que no tendrían otras agrupaciones internacionales competidoras.

¹⁰²⁹ Por ejemplo la formación de una agrupación internacional bajo la Directiva 91/440, por la que la formación de esa cooperación internacional es input esencial para poder llevar a cabo el transporte internacional de pasajeros.

¹⁰³⁰ Como ejemplo, significaría el caso *MCN*, ya visto.

¹⁰³¹ Por ejemplo, el asunto *ENS*.

¹⁰³² Así, en la Decisión *Eurotunnel*, el 'Acuerdo conjunto de Utilización' del Channel Tunnel.

mercado (lo que al fin y al cabo se examina en el asunto *ENS*).

De todos modos, en la aplicación del art. 101 TFUE se han de conciliar tres objetivos de política general de competencia:

- Garantizar el acceso a servicios indispensables o esenciales a otros competidores,
- No limitar indebidamente las ventajas de la propiedad u otras ventajas buscadas por las empresas, y
- Minimizar los costes administrativos.

En este sentido, por tanto, las diferencias en la aplicación del art. 101 versus el art. 102 TFUE se pueden resumir así:

- La Comisión puede, si lo considera apropiado, imponer una obligación de presentar diariamente cuestiones sobre discriminación a arbitraje o mediación¹⁰³³,
- El art. 101 se aplica si las partes tienen cuotas de mercado suficientes, sin la necesidad de establecer una posición dominante,
- Es administrativamente más simple exigir que se de acceso a un recurso esencial a un competidor en los mismos términos en que se da acceso a los miembros del acuerdo o de la *joint venture* en cuestión que establecer desde cero los términos de un contrato que no se ha llevado a cabo hasta el momento (como sería el caso si se aplicara el art. 102 y se impusiera el acceso por primera vez).

Por otra parte, cuando no hay competencia en un mercado o muy poca, puede darse una posición de dominio colectiva de los oligopolistas sin que se de una colusión, es decir, cuando algunas empresa colectivamente abusan de su posición dominante sin que exista un acuerdo. Pueden darse dos tipos de dominio colectivo. El primer tipo cabe en el ámbito y la letra del art. 102¹⁰³⁴ y es como, en un principio bajo la legislación comunitaria, se produjo la figura de la posición de dominio colectiva, ejemplificada en

¹⁰³³ Una empresa dominante, la cual obviamente retiene el control general sobre la operatividad del recurso, puede ejercer en sus operaciones diarias prácticas discriminatorias. Como en estas situaciones no surge una cuestión de principio el art. 102 no viene en aplicación, y la Comisión no ha querido involucrarse en disputas menores. Este es uno de los costes administrativos de un deber de proveer el acceso sobre una base no discriminatoria, que tiene mejor cabida para su vigilancia por los tribunales nacionales que para la Comisión. Y esta es también la vía emprendida por el Reglamento 1/2003. Cosa distinta es que los Tribunales nacionales le dan la debida importancia.

¹⁰³⁴ En el art. 102 TFUE: “...la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante...” El subrayado es nuestro para resaltar que la dominancia puede provenir de una o de un grupo de empresas.

casos tales como *Commercial Solvents y Continental Can*. Es decir, la posición dominante es detentada por un número de empresas que son parte del mismo grupo corporativo o unidad económica. El término más adecuado sería dominación conjunta (*joint dominance*).

El término posición de dominio oligopolística (*oligopolistic dominance*) lo encuadraríamos en el segundo tipo de dominación colectiva y se encuadra en el ámbito del art. 101 por ser un comportamiento concertado. La dominación oligopolística o paralelismo tácito de conducta es la coordinación implícita, -pero no acuerdo expreso o colusorio-, de la conducta interactiva de varias empresas que es facilitada por esa estructura oligopolista del mercado. En mercados muy concentrados con pocas empresas es probable que tales empresas reconozcan su interdependencia y la futilidad de una competencia agresiva¹⁰³⁵, y por tanto, les sea más rentable coordinar sus comportamientos¹⁰³⁶. Puede citarse al asunto *Magill* analizado como ejemplo, en el que varias empresas en un mercado oligopolista (las organizaciones de retransmisión) coordinaron tácitamente sus comportamientos con el fin de evitar (o discriminar) el acceso a un recurso esencial a competidores nuevos o existentes.

Ahora bien, lo que se trata de evitar es el abuso que puede darse en un mercado por parte de varias empresas que se aprovechan de su posición dominante conjunta o de su posición dominante oligopolista. Respecto al primer abuso descrito, varias empresas pueden ostentar una posición dominante conjunta sobre un recurso esencial (art. 102) y asimismo, varias empresas en un mercado pueden concertar expresamente o copiar paralelamente (art. 101)¹⁰³⁷ sus comportamientos para impedir o discriminar en el acceso a un recurso esencial a otros competidores. La EFD/EDR por tanto, puede aplicarse también a situaciones bajo el art. 101. Como hemos visto, algunos casos de recursos esenciales conciernen a la aplicación del art. 101, pero esta disposición nunca ha sido la

¹⁰³⁵ KOKKORIS, I.: "The Development of the Concept of Collective Dominance in the ECMR. From its Inception to its Current Status." *World Competition* 30(3): 419-448, 2007, Kluwer Law International, The Netherlands, pág. 419.

¹⁰³⁶ Véase al respecto en el cap. III, epígrafe IV- 6, todo lo relativo a la relación entre posición de dominio colectiva y oligopolios. Véase también MERTENS, P.: "How consistently has the issue of collective dominance been developed under Article 82 and the EC Merger Regulation respectively?", *Termpaper* 2001. <http://www.grin.com/e-book/104011>.

¹⁰³⁷ Dice BLUMENTHAL, W. en *Compulsory access under the antitrust laws*, King & Spalding, Washington DC, pág. 4, que los boycotts de grupo (también conocidos como "negativas concertadas de trato/suministro") se refieren a acuerdos entre dos o más empresas en el mismo nivel de la estructura de mercado consistentes en la negativa de trato con clientes o distribuidores en particular, a menudo con el propósito de disciplinar o situar en desventaja a un competidor, produciendo un cierre para el acceso a un recurso escaso.

base para imponer un deber de acceso/trato directo; en la Jurisprudencia UE, la obligación de suministro/acceso solo surge en el ámbito del art. 102 TFUE porque está limitada a empresas dominantes únicamente cuando estas cometan un abuso y no recoge la prevención de comportamientos monopolizadores. Para ello, en el ámbito comunitario se ha recurrido a la imposición de condiciones en el marco del art. 101(3) TFUE para poder aprobar un acuerdo de concertación entre empresas (*Eurotunnel*, *MCN y ENS*), y al control de concentraciones (como el caso Eurostar analizado), lo que dejaría fuera de control el paralelismo concertado en mercados oligopolistas. Consideramos que la aplicación de la EFD/DRE daría respuesta a todas estas situaciones, si constatada la esencialidad de un recurso (por muy exigentes que fueran sus requisitos de aplicación¹⁰³⁸) se impusiera un deber de acceso.

3. Mercado de los Servicios ferroviarios relacionados

Hemos podido ver por los casos ferroviarios analizados que hay determinados componentes de un servicio de transporte ferroviario que son esenciales en sí mismos, como por ejemplo, tener acceso a la red ferroviaria nacional. Hay otros componentes, como los servicios de tracción o la necesidad de formación de agrupaciones internacionales, que necesitaran de una valoración para ser considerados esenciales, dependiendo de las condiciones de mercado existentes (incluyendo su contexto regulatorio) que determinaran su indispensabilidad o no.

A su vez, la complejidad del sistema ferroviario determina que el acceso a la misma red ferroviaria nacional este compuesto de una serie de servicios, respecto a los cuales la Comisión Europea ha establecido un régimen regulatorio específico en la UE basado en la esencialidad o no del servicio en cuestión. De hecho, todos los Estados miembros han garantizado un monopolio legal al gestor de la infraestructura para la provisión y operación de la misma¹⁰³⁹.

¹⁰³⁸ Lo que implicaría entender que ante recursos esenciales la denegación de acceso constituye un abuso per se siempre que se cumplan sus estrictos requisitos de aplicación.

¹⁰³⁹ En línea con el TPI en el asunto *ADP*, “la red nacional de ferrocarril” es considerada un recurso esencial. “Para todos los operadores de servicios de tren de pasajeros nacionales o internacionales y de servicios de carga, el acceso a la red nacional de ferrocarril es *esencial*”; asunto del TPI de 12 de Diciembre 2000, *Aéroport de Paris c/ Comisión*, T-128/98. El 11 de Junio de 1998, la Comisión tomó una Decisión bajo el art 82 TCE contra el Aéroport de Paris (ADP), requiriendo a este último la introducción de un sistema no discriminatorio de tarifas comerciales. El TPI confirmó la Decisión de la Comisión y llegó a la conclusión que las instalaciones del aeropuerto de Paris podían ser consideradas un recurso esencial. Su uso es indispensable para la provisión de varios servicios, en particular la asistencia en tierra.

La Directiva 2001/14/CE¹⁰⁴⁰ establece los principios de acceso a la infraestructura ferroviaria en la UE, como hemos visto en el primer capítulo¹⁰⁴¹. En el Considerando (33) de la Directiva citada se dice: “*Conviene definir los componentes del servicio de infraestructura esenciales para que el operador pueda desarrollar su actividad, y que éstos deben prestarse por un canon de acceso mínimo*”. Por tanto, siguiendo esta sugerencia, se define el núcleo de servicios de infraestructura necesarios para poder operar un servicio ferroviario y que la Directiva considera *esenciales*¹⁰⁴². En otras palabras, ¿cuáles son los componentes del servicio de infraestructura sin los cuales no es posible operar un tren en cualquier infraestructura? Es bien cierto que es necesario tener acceso a la misma red ferroviaria para poder operar un tren, pero si no disponemos de señalización o de las mismas estaciones de viajeros, de poco nos servirá tener el acceso antedicho.

3.1. Anexo II de la Directiva 2001/14

La Directiva 2001/14 da respuesta a estas cuestiones en su Anexo II, que parte del *paquete de acceso mínimo*, cuya indispensabilidad podemos asimilar al acceso a la misma vía; y el resto de servicios, -a partir del punto 2 del mismo Anexo-, constituyen lo que llamamos los *servicios ferroviarios relacionados*, como sigue:

“Servicios que deberán prestarse a las empresas ferroviarias

1. El **paquete de acceso mínimo** comprende:

- a) tramitación de las solicitudes de capacidad de infraestructura;
- b) derecho a utilizar la capacidad concedida;
- c) utilización de las bifurcaciones y desvíos de la red;
- d) control del tren, incluida señalización, regulación, expedición, así como comunicación y suministro de información sobre circulación ferroviaria;
- e) cualquier otra información necesaria para introducir o explotar el servicio para el que se ha concedido capacidad.

¹⁰⁴⁰ Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2001 relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización. (DOCE L 75 de 15.03.2001, pág. 1).

¹⁰⁴¹ En el epígrafe III- 4.3 del cap. I.

¹⁰⁴² La Directiva 2001/14 mencionada en su Considerando (40): “La infraestructura ferroviaria es un monopolio natural;...”, cuestión a la que nos hemos referido en el cap. II, epígrafe V de este trabajo. Asimismo al respecto dice RIDYARD, D.: “Essential facilities and obligations to supply competitors under UK and EC Law”, *ECLR*, nº 8, 1996, pp. 440 y 441, que la necesidad de acceso a los monopolios naturales ofrece un argumento indiscutible para la existencia de un recurso esencial. Sobre todo cuando el monopolio natural es construido con fondos públicos, no tendría ningún sentido exigir a los competidores que copien o repliquen el activo o instalación, y por tanto, se debe garantizar el acceso. Asimismo, nombra el autor como monopolios naturales las redes de electricidad, gas, telecomunicaciones y ferrocarriles (nota al pie 17).

2. Los **accesos de vía a las instalaciones y suministro de servicios** comprenden:

- a) utilización de las instalaciones de electrificación para la tracción, cuando esté disponible;
- b) las instalaciones de aprovisionamiento de combustible;
- c) las estaciones de viajeros, así como sus edificios e instalaciones conexas;
- d) las terminales de carga;
- e) las estaciones de clasificación;
- f) las instalaciones de formación de trenes;
- g) las vías de apartado;
- h) las instalaciones de mantenimiento y otras instalaciones técnicas.

3. Pueden ser **servicios complementarios** los siguientes:

- a) corriente de tracción;
- b) precalentamiento de trenes de viajeros;
- c) suministro de combustible, servicio de maniobras y cualquier otro servicio suministrado en las instalaciones de los servicios de acceso mencionados anteriormente;
- d) contratos personalizados para:
 - control del transporte de mercancías peligrosas,
 - asistencia a la circulación de convoyes especiales.

4. Pueden ser **servicios auxiliares** los siguientes:

- a) acceso a la red de telecomunicación;
- b) suministro de información complementaria;
- c) inspección técnica del material rodante.”

¿Por qué es importante esta distinción? En primer lugar, porque el gestor de infraestructura no siempre opera o es el propietario de estos servicios ferroviarios relacionados (obviamente sí lo es del paquete mínimo esencial). La exigencia mínima de la separación contable respecto de la gestión de la infraestructura de los servicios de transporte ferroviario impuesta por la Directiva 91/440 se ha materializado en que varios Estados miembros han ido más allá de esta exigencia mínima y, han separado verticalmente sus empresas ferroviarias tradicionales a su vez estableciendo también estructuras diferentes de organización de estos servicios. La cuestión que surge entonces es quién ha de suministrar estos servicios ferroviarios relacionados. Y si no son servicios esenciales, ¿han de ser garantizados siempre? O ¿cuáles son los términos y condiciones

en que deben ser garantizados? ¿Pueden considerarse los servicios relacionados del grupo 2: ‘*accesos de vía a las instalaciones y suministro de servicios*’ también esenciales? Es además ¿el Anexo II una lista exhaustiva o solo indicativa?.

El artículo 5 de la citada Directiva 2001/14 trata de dar respuesta a estas cuestiones, pero a la vez genera otras cuestiones interpretativas, como sigue:

“Servicios. 1. Las empresas ferroviarias tendrán derecho a recibir de modo no discriminatorio el paquete de acceso mínimo y de acceso por la vía a la infraestructura de servicios descrito en el anexo II. La prestación de los servicios del punto 2 del anexo II se hará de modo no discriminatorio y solamente se podrán rechazar las demandas de empresas ferroviarias si existen alternativas viables en condiciones de mercado. Cuando no todos los servicios sean ofrecidos por un sólo administrador de infraestructuras, el proveedor de la «infraestructura principal» hará todos los esfuerzos razonables para facilitar la prestación de dichos servicios.

2. Si el administrador de infraestructuras ofrece cualesquiera servicios de los que figuran en el punto 3 del anexo II como servicios complementarios, deberá prestarlos a cualquier empresa ferroviaria que los solicite.

3. Las empresas ferroviarias podrán solicitar otros servicios auxiliares, que se enumeran en el punto 4 del anexo II, al administrador de infraestructuras u otros proveedores. El administrador de infraestructuras no estará obligado a prestar dichos servicios.”

3.2. Cuestiones interpretativas

- La primera cuestión interpretativa surge de ‘*las empresas ferroviarias tendrán derecho*’ (punto 1 del art. 5). Obviamente como es el paquete mínimo, ha de llegarse a la conclusión de que se está imponiendo una obligación de suministro absoluta al gestor de la infraestructura. Pero no es eso lo que dice la letra de este apartado, puesto que lo que dice es que las empresas ferroviarias tienen *derecho al paquete mínimo*, pero ¿qué pasa si el gestor de la infraestructura se niega a suministrar estos servicios indispensables o lo hace en condiciones discriminatorias a favor de sus filiales o empresas parte del mismo holding¹⁰⁴³? Lógicamente la empresa ferroviaria se verá obligada a demandar al gestor de la infraestructura y demostrar estas circunstancias, lo que no será fácil, sobre todo porque habrá de agotarse antes la vía administrativa (antes de proceder ante cualquier

¹⁰⁴³ Incluso si se ha llevado a cabo la separación vertical del antiguo monopolio, por lo que supuestamente no hay intereses comunes entre gestor de la infraestructura y empresa ferroviaria nacional, al ser dos entidades autónomas. Ahora bien, siguen siendo ambas estatales en todos los Estados, menos en Reino Unido, y como estatales, perseguirán los mismos principios políticos.

tribunal contencioso y antes de recurrir a las autoridades y/o los tribunales de competencia¹⁰⁴⁴), a través del Regulador Ferroviario (que generalmente está integrado en el Ministerio de Transportes y puede estar influenciado en favor del gestor de la infraestructura que también es de propiedad estatal). Habría sido menos complicado declarar simplemente que el gestor de la infraestructura *está obligado* a suministrar el paquete de acceso mínimo.

- La segunda cuestión interpretativa que surge es respecto a '*alternativas viables en condiciones de mercado*' (punto 1 del art. 5, segunda parte). Lo que sugiere a primera vista es que se deben de examinar las condiciones competitivas del mercado para saber si el gestor de la infraestructura debe suministrar este segundo grupo de servicios o no. Es decir, al hacer referencia a las '*condiciones de mercado*', se debe examinar la viabilidad comercial de una determinada alternativa y no solo su capacidad operacional, por lo que se deberá considerar si el acceso a un determinado servicio o instalación no solo es necesario para obtener dicho acceso o suministro sino para permitirle que pueda suministrar un servicio a sus propios clientes en términos competitivos. Por lo tanto, se tendrá que realizar un *test de competencia*, que además por las palabras elegidas '*alternativa viable*' viene a ser uno de los requisitos sentados en el asunto *Bronner*¹⁰⁴⁵. Continúo con esta importante cuestión más adelante (en el apartado 3.4 de este epígrafe) una vez terminadas de examinar las cuestiones interpretativas planteadas por el art. 5 de la Directiva.

- Respecto a los servicios complementarios, (punto 2 del art. 5), parece decir que si el gestor de la infraestructura los comercializa entonces está obligado a ofrecerlos al operador que los requiera. Una vez más ¿actuará el regulador si el gestor no los ofrece o deja de comercializarlos o lo hace en términos abusivos porque prefiere favorecer a la empresa ferroviaria nacional que forma parte de su mismo holding y/o que también es de propiedad estatal?

- Respecto a los servicios auxiliares, (punto 2 del art. 5), no está obligado a

¹⁰⁴⁴ La nueva Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de septiembre de 2010, *por la que se establece un espacio ferroviario europeo único*, [COM(2010)475], (que entrará en vigor en 2012) tiene en cuenta este problema, por lo que establece por vez primera que las decisiones del organismo regulador ponen fin a la vía administrativa. Dice así su art. 56-5: "Las decisiones del organismo regulador vincularán a todas las partes afectadas, *y no estarán sujetas al control de ninguna otra instancia administrativa*. El organismo regulador debe estar facultado para hacer cumplir sus decisiones aplicando las sanciones adecuadas, incluidas las multas pertinentes."

¹⁰⁴⁵ Que hemos examinado en el epígrafe III- 2.2 de este capítulo.

suministrarlos en absoluto, ¿se le permite entonces realizar todo tipo de prácticas discriminatorias o negarse en rotundo a suministrar a un determinado operador estos servicios aunque los este comercializando para otros? Consideramos que quedaría al control del Derecho de la Competencia directamente la vigilancia de este tipo de abusos.

La falta de claridad en la redacción del art. 5 y las lagunas legales que genera pues no establece un régimen jurídico propio, además en un sector sin experiencia en la práctica por haber estado tradicionalmente cerrado en manos del antiguo monopolio nacional, dará lugar a infracciones a la competencia en el mercado de los servicios ferroviarios relacionados, -como se puede ver en el apartado siguiente-, para lo que habrá que recurrir, por tanto, al Derecho de la competencia y dentro de él, se trata de valorar la indispensabilidad de los servicios ferroviarios relacionados.

3.3. Prácticas anticompetitivas en el mercado de los Servicios ferroviarios relacionados

Fuera del núcleo de servicios esenciales de infraestructura, un informe de Oxera¹⁰⁴⁶ refiere dos casos relativos a la información sobre horarios de transporte por ferrocarril en los que la valoración de la esencialidad de este servicio ferroviario relacionado (y por tanto los requisitos de aplicación de la EFD/DRE) jugó un papel crucial. Ambos casos relacionados con DB (Deutsche Bahn AG), como sabemos, el gestor de la infraestructura y principal operador ferroviario en Alemania, nos ayudaran a entender la importancia e indispensabilidad de estos servicios.

En Febrero de 2003, la autoridad de competencia germana Bundeskartellamt inició un procedimiento de investigación contra DB por su negativa de incluir información sobre horarios y tarifas en dos rutas de larga distancia operadas por Connex (Gera-Berlin-Rostock y Zittau-Berlin-Stralsund) en sus sistemas de información y horarios. Hasta el momento DB había sido el único operador de pasajeros de larga distancia en Alemania. Connex fue el primer competidor en entrar en este mercado, a una escala limitada. La negativa de DB estaba dirigida directa y específicamente a Connex, ya que los horarios de los operadores de pasajeros de corta distancia estaban incluidos en los sistemas de información de DB. Puesto que Connex también había denunciado estas prácticas en los tribunales civiles, el asunto fue finalmente resuelto por el tribunal de apelaciones de

¹⁰⁴⁶ OXERA – AGENDA: Advancing economics in business. “Essential or nice to have. A competition based framework for `rail-related services””. Article jointly written by the Regulatory Affairs & Compliance Department of NS, White & Case LLP and OXERA, 2006.

Berlín¹⁰⁴⁷ el 26 de junio de 2003, que concluyó que DB tenía una posición dominante en el mercado para la provisión de servicios a los operadores ferroviarios, especialmente respecto a la provisión de información a los pasajeros a través de los horarios. No se permitió a DB discriminar contra sus competidores al negarse a incluir este servicio en sus sistemas de información. Sin embargo, el tribunal también concluyó que Connex no tenía derecho a pedir a DB que publicara también sus tarifas porque no era 'esencial' que se suministrara la información sobre las tarifas a través del sistema de información de DB para que el competidor pudiera desarrollar sus propios servicios, ya que esta información tarifaria podía comunicarse a los pasajeros por la propia Connex.

En el segundo caso de abril de 2004, el tribunal regional de Berlín, el Landgericht Berlin, confirmó la obligación de DB de incluir los servicios ferroviarios de sus competidores en sus horarios. Una vez más el tribunal resaltó la posición dominante de DB en el mercado de información de pasajeros a través del sistema de información de horarios. A la luz de las expectativas del público general en relación a la exclusividad y lo completo de los horarios facilitados por el antiguo monopolista DB, este servicio ofrecido no podía sustituirse de forma apropiada por los servicios de los competidores. De acuerdo al tribunal, no había competencia de hecho a los servicios de información de DB, y asimismo, no existía una justificación objetiva para que DB excluyera los servicios de pasajeros de sus horarios y de otras fuentes de información. Por otra parte, el tribunal reconoció que no se puede obligar a una empresa dominante a aplicar medidas a favor de sus competidores que no fueran económicas desde un punto de vista comercial para ella misma, y que no podía obligársele a facilitar las actividades de un competidor en su propio detrimento. Sin embargo, de acuerdo con el tribunal, en este contexto, se debía buscar un equilibrio en los intereses competitivos de ambas partes, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si el propietario soportó considerables riesgos empresariales en la creación de la infraestructura en cuestión, o si fue creada en el marco de un monopolio legalmente protegido.

Si, como hemos dicho en el epígrafe anterior, el régimen regulatorio establecido en la Directiva 2001/14 está lejos de ser claro y autónomo, tampoco nos arroja luz sobre si el caso que describimos a continuación puede entenderse como un servicio ferroviario relacionado o se trata de un mercado anejo. En fecha de 19 de agosto de 2005, la Oficina Reguladora de Ferrocarriles ("ORR") de Reino Unido decidió que no había motivos para

¹⁰⁴⁷ Como vemos, a pesar de que las autoridades de competencia abrieron una investigación al respecto, finalmente fue un tribunal de apelaciones civil el que resolvió la cuestión.

intervenir conforme a la prohibición del capítulo I de la Ley de Competencia inglesa de 1998 ni del artículo 81 del Tratado CE contra Portec Rail Products UK Ltd (Portec) y RS Clare and Company Ltd (Clare). La ORR también decidió que, por lo que se refería a Portec, no había motivos para intervenir conforme a la prohibición del capítulo II de la Ley de Competencia inglesa de 1998 ni al artículo 82 del Tratado CE. La decisión de la ORR es fruto de su investigación sobre una denuncia de NTM Sales and Marketing Ltd (NTM), presentada el 20 de julio de 2004, según la cual Portec había intentado utilizar una posición dominante en el mercado del suministro de servicios de prueba para la grasa utilizada en los lubricadores eléctricos de rieles con objeto de excluir a NTM del mercado del suministro de grasa para su uso en lubricadores eléctricos de rieles. Aunque la ORR no excluía que Portec pudiera ser dominante en el mercado de servicios de prueba, no encontró suficientes pruebas para concluir que Portec había abusado de una posición dominante o que había participado en ningún acuerdo o práctica anticompetitiva con Clare. Téngase en cuenta que debido al régimen de competencia en el marco del Reglamento 1/2003, ya no se exigía la notificación de un acuerdo a la Comisión Europea o se interponía una denuncia ante la Comisión Europea, sino que es a nivel nacional donde se examinan estos casos en primer lugar¹⁰⁴⁸, -lo que no explica por qué un organismo regulatorio ha de buscar un pronunciamiento en el ámbito del Derecho de la Competencia¹⁰⁴⁹.-

3.4. Test de competencia en el mercado de los servicios ferroviarios relacionados

Volviendo al test de la existencia de competencia en este mercado, -mencionado más arriba en el *punto segundo del apartado 3.2*-, se hace necesario analizar la situación del mercado ferroviario comunitario a este respecto. La relativa inmadurez de la legislación sectorial e incluso de competencia en este área se debe en parte a la novedad, y todavía escasa, liberalización dentro de la mayoría de los mercados ferroviarios de la UE. Como acabamos de ver, se han dado algunos casos, tratados dentro del ámbito nacional en consonancia con el régimen actual del Reglamento 1/2003, aunque con implicaciones para el mercado comunitario¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁸ Véase cap. I, epígrafe III-3 para ver cómo afecta este Reglamento al régimen anterior y el nuevo régimen que establece.

¹⁰⁴⁹ Véase al respecto el cap. II, epígrafe III.

¹⁰⁵⁰ Recordemos que la consecuencia más importante del régimen de descentralización que establece el Reglamento 1/2003 es que en los sectores regulados por las Directivas, la Comisión deja a las autoridades regulatorias nacionales tratar los casos que surjan. Ahora bien, este nuevo régimen también implica que en sectores sujetos puramente a regulación nacional, la Comisión debe dar prioridad a la consideración de si la legislación nacional es compatible con la legislación comunitaria. Si tal es el caso, entonces la Comisión no necesita implicarse en supervisar si el Derecho nacional es aplicado correctamente, a no ser que el regulador haya cometido alguna

En el informe de Oxera mencionado antes, se propone un test de competencia a aplicar cuando surja una cuestión relacionada con los servicios ferroviarios relacionados. Sugiere este informe que cuando se trate de un servicio esencial se aplicará la EFD y por ello, se determinará dicha esencialidad si se cumplen los estrictos requisitos sentados en *Bronner*; normalmente, éste será el caso con los servicios que constituyen el núcleo de servicios de infraestructura, es decir el paquete de acceso mínimo. En el caso de que se determine un determinado servicio como esencial, el informe sugiere la aplicación de estrictas obligaciones de acceso que se impondrán basándose en medidas sectoriales específicas. Para los servicios ferroviarios relacionados se aplicará el test de la dominancia, menos estricto que la EFD/DRE, y cuando se determine una posición dominante basándose en el análisis tradicional que se aplica bajo el art. 102 TFUE, la obligación de acceso se impondrá en función de la jurisprudencia sentada en el marco del art. 102.

Ni que decir tiene que esta propuesta no tiene sustento jurídico en el régimen actual comunitario de Derecho de la competencia; una cosa es el régimen regulatorio existente (que puede servirse de instrumentos propios del Derecho de la Competencia, como la EFD/DRE, pero sin desvirtuarlos), y otra cosa es el Derecho de la Competencia que se aplica a posteriori, como hemos visto a lo largo del capítulo II. Asume el informe Oxera que la doctrina de los recursos esenciales tiene autonomía propia porque no es necesario aplicarla junto con el art. 102, sino que puede perfectamente aplicarse bajo normas de regulación sectoriales. En primer lugar, como sabemos, la EFD/DRE se encaja bajo el Derecho de la competencia, aunque se haya usado como instrumento de ayuda en el ámbito regulatorio y las consecuencias de su aplicación sean las mismas, esto es, que se garantice el acceso a un recurso esencial, (cómo se interpreten y exijan los requisitos para su aplicación es otra cuestión). Y precisamente una de sus críticas principales para ser considerada como figura autónoma es que necesita aplicarse junto con el art. 102. Y es que aunque un recurso se identifique como esencial no por ello el acceso está garantizado, puesto que no se aplica esta doctrina como regla per se o automáticamente, *aun se ha de cometer un abuso* para imponer el acceso. Además, el abuso está definido en

infracción claramente contraria a la legislación comunitaria. En el área del Derecho de la Competencia, la Comisión debe dar prioridad a los casos donde la legislación nacional o la conducta de las empresas dominantes crea barreras a la entrada, que los reguladores nacionales son incapaces o no están dispuestos a eliminar. Por otra parte, sería útil si la Comisión llamara la atención al deber que tienen los tribunales nacionales bajo el art. 10 TCE (ahora art. 4 TFUE) de asegurarse de que haya procedimientos disponibles en los tribunales nacionales administrativos que permitan a las empresas denunciar la legislación nacional contraria al Derecho comunitario.

el art. 102, que exige que la conducta realizada impida o dificulte gravemente la competencia en el mercado intracomunitario. Lo mismo sucede si estamos simplemente ante el art. 102 (sin que venga en aplicación la EFD). El informe aplica un test de competencia más riguroso si se aplica la EFD/DRE que si se aplica solo el art. 102 (lógicamente test de dominancia es menos exigente) dependiendo la aplicación de uno y otro en si el recurso es esencial o no. No es este el motivo por el que se aplica la EFD/DRE, que, sin embargo, es para determinar si un recurso es esencial o no, y para identificar un recurso como esencial se ha de realizar una valoración de tres requisitos necesarios, lo cual se solapa en algunos puntos con al análisis tradicional del art. 102. Ahora bien, una vez identificado un abuso, ya sea porque éste consista en la denegación de acceso a un recurso esencial que impide la competencia efectiva en un mercado u otro tipo de abuso, no es el art. 102 el que impone un deber de acceso¹⁰⁵¹ porque esta obligación es de elaboración jurisprudencial basada en el Reglamento 17 de 1962 (ahora en el art. 7 del Reglamento 1/2003), como ya hemos visto en este capítulo¹⁰⁵².

Consideramos que el análisis debe ser otro: estamos bajo la regulación específica del sector ferroviario que imponen los paquetes ferroviarios y concretamente la Directiva 2001/14; la cual dice que los servicios de paquete mínimo son servicios esenciales y por tanto, sin más, el acceso a los mismos debe estar garantizado por el gestor de la infraestructura. Respecto al resto de servicios ferroviarios relacionados habrá de estarse a lo que dice el art. 5, con mejor o peor criterio en su interpretación, respecto a lo cual en caso de conflicto habrá que acudir al Regulador ferroviario nacional, cuya creación se exige por estas Directivas. Ahora bien, si en el cumplimiento o en la aplicación de esta regulación se dan infracciones de la suficiente entidad que afecten a la competencia, entonces tendremos que dirigirnos al Derecho de la competencia para castigar el abuso, consista éste o no en la denegación de suministro (o en la discriminación en el acceso) a un recurso esencial, pero que debe impedir o restringir la competencia efectiva en un mercado¹⁰⁵³. Entonces y solo entonces, empezaremos por identificar si el recurso es

¹⁰⁵¹ No hay nada en la letra del art. 102 TFUE que indique que se debe imponer una obligación de acceso cuando se cometa un abuso.

¹⁰⁵² En el epígrafe III- 2.1, con ocasión del análisis del caso 1) *Commercial Solvents*, especialmente notas a pie 94 y 95.

¹⁰⁵³ Como hemos visto en el cap. II de esta tesis, cuando en aplicación de la regulación se infringe el Derecho de la competencia, el Derecho de la competencia prevalece. Primero porque la legislación de competencia está localizada en el Tratado fundacional, y por lo tanto prevalece sobre cualquier disposición secundaria de la legislación comunitaria o disposición nacional. Segundo, el art. 10 TCE (art. 4 TFUE) prohíbe a todas las autoridades nacionales de adoptar cualquier medida que arriesgue la consecución de los objetivos del Tratado. Entre estos objetivos se cuentan la no distorsión de la competencia, lo que implica que si una disposición regulatoria es de interés público, e incluso es procompetitiva a largo plazo, no debe indebidamente o

esencial echando mano de los requisitos de *Bronner*, y una vez identificado, usaremos además para determinar que se ha producido un abuso del art. 102 el análisis tradicional, que empieza por definir un mercado para determinar una posición dominante y valorar si como consecuencia de esta posición dominante se restringe o impide la competencia, que es lo que constituirá el abuso. Análisis que en muchos aspectos podrá solaparse con los criterios de *Bronner*, y por tanto, no se examinará dos veces el mismo aspecto, pero las conclusiones podrán ser diferentes. En otras palabras, los requisitos de *Bronner* identifican un recurso como esencial, el art. 102 determina si se ha producido un abuso. Gráficamente el análisis que proponemos se representa así:

| | |
|--|---|
| <p>Régimen regulatorio para los servicios del Anexo II de la Directiva 2001/14:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. paquete mínimo 2. acceso a instalaciones de suministro 3. servicios complementarios 4. servicios auxiliares | <p>Derecho de la Competencia</p> <p>Valoración de la esencialidad de un recurso (EFD/DRE):</p> <ul style="list-style-type: none"> - indispensabilidad por no haber sustituto real o potencial - eliminación de toda competencia por parte del competidor - no hay justificación objetiva para la denegación |
| <p style="text-align: center;">↓</p> <p>En el art. 5 de la Directiva. Complementado cuando se de una infracción anticompetitiva por</p> | <p style="text-align: center;">↓</p> <p><i>Si es esencial :</i></p> <p>Aplicación del art. 102 TFUE: constatando la posición dominante y el abuso</p> |

3.5. Avance en la regulación del mercado de los Servicios ferroviarios relacionados

La nueva Propuesta de Directiva de 2010 por la que se establece un espacio ferroviario europeo único¹⁰⁵⁴, tiene en cuenta las carencias de la situación descrita de este mercado de los servicios ferroviarios relacionados¹⁰⁵⁵. No puede ser de otro modo por las reformas que pretende llevar a cabo, como sigue:

- Para empezar, encomienda al Regulador Ferroviario como una de sus tres grandes áreas de atribuciones específicas la supervisión del mercado de servicios ferroviarios relacionados, (siendo las otras dos áreas relativas al control de la separación contable de

innecesariamente restringir la competencia. Una autoridad regulatoria no debe limitar la libertad de competir de incluso una empresa dominante en una industria regulada sin una justificación suficiente. Del mismo modo, cuanto mayor sea la restricción de la competencia, mayor será la justificación que ha de proporcionar la empresa dominante a su comportamiento.

¹⁰⁵⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de septiembre de 2010 por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, COM(2010)475.

¹⁰⁵⁵ Es decir, identificado un fallo del mercado, la regulación pretende dar solución al mismo.

la gestión de la infraestructura de las operaciones de transporte)¹⁰⁵⁶, como sigue:

“Exposición de Motivos - 4.14. *Funciones del organismo regulador* (artículo 56): Las tres medidas propuestas en el artículo 56 amplían el alcance de las competencias de los organismos reguladores. 1) Sus facultades cubrirán explícitamente las decisiones relacionadas con la tarificación y el acceso a los *servicios relacionados con el ferrocarril*, que son *esenciales* para permitir la entrada en el mercado y asegurar una competencia leal. 2) ...”

Y el mismo art. 56 dice:

“1. Los candidatos podrán recurrir al organismo regulador si consideran haber sufrido injusticia, discriminación o cualquier otro perjuicio, en particular a causa de las decisiones adoptadas por el administrador de infraestructuras, o cuando proceda por la empresa ferroviaria, -e introduce a continuación esta Propuesta de Directiva como novedad (en cursiva)-, o *el explotador de una instalación de servicio*, en relación a:

g) el acceso a los servicios y las tarifas correspondientes con arreglo al artículo 13.

2. *El organismo regulador también estará facultado para supervisar la competencia en los mercados de los servicios ferroviarios...*¹⁰⁵⁷

7. *Los Estados miembros garantizarán que los organismos reguladores publican la información sobre resolución de conflictos y procedimientos de recurso relacionada con las decisiones de los administradores de infraestructuras y los prestadores de los servicios enumerados en el anexo III.*¹⁰⁵⁸”

- El artículo 13 es la disposición que -una vez se apruebe definitivamente la Directiva- establece el régimen de las “Condiciones de acceso a estos servicios”. Contrastándolo con el vigente art. 5 de la Directiva 2001/14, visto en el apartado A) anterior, haremos hincapié en las modificaciones introducidas y su razón de ser:

La situación para los servicios del punto 1, Anexo III, paquete de acceso mínimo no varía:

“*Las empresas ferroviarias tendrán derecho a recibirlo de modo no discriminatorio*”.

Tampoco varían los servicios complementarios del anexo III, punto 3, que “*si el administrador de infraestructuras los ofrece, deberá prestarlos*”. Ni tampoco cambia la

¹⁰⁵⁶ En el capítulo siguiente bajo el epígrafe VI-4) estudiamos la importancia y desarrollo del Organismo Regulador Ferroviario.

¹⁰⁵⁷ Ver cap. II y epígrafe VI-4) del cap. V, para distinguir cuando estamos ante Derecho de la Competencia o Regulación.

¹⁰⁵⁸ Actualmente es el Anexo II, como ya hemos visto en los epígrafes anteriores.

situación para los servicios auxiliares, del anexo III, punto 4, que “*el administrador de infraestructuras no estará obligado a prestarlos.*”

Aunque sí se produce un cambio importante específicamente en el Anexo III, en los servicios que integran el paquete mínimo, incorporando dos servicios que antes se situaban en el punto 2. Es decir, será obligatoria la prestación de:

- *instalaciones de alimentación eléctrica para la corriente de tracción, cuando estén disponibles*¹⁰⁵⁹;

- *instalaciones de aprovisionamiento de combustible, cuando estén disponibles*;

• Por tanto, únicamente cambia el régimen para los servicios del punto 2 del anexo III, que “*serán prestados, de modo no discriminatorio, por todos los explotadores de las instalaciones de servicio*”. Es decir, todos los explotadores prestarán estos servicios. Lo que supone ya un problema interpretativo, puesto que no dice si existe, en sentido estricto, la obligación de prestarlos (para luego en el párrafo tercero introducir una excepción igual a la que establecía el régimen anterior, como seguidamente veremos). Además, se añaden como nuevos los siguientes párrafos (en cursiva):

1) *Cuando el explotador de la instalación de servicios pertenezca a un organismo o empresa que también trabaje en al menos uno de los mercados de servicios de transporte ferroviario para el que se use la instalación y tenga en él una posición dominante, el explotador se organizará de tal manera que sea independiente de este organismo o empresa en el plano jurídico, organizativo y de toma de decisiones*¹⁰⁶⁰.

2) *Las solicitudes de las empresas ferroviarias para tener acceso a la instalación de servicio sólo podrán rechazarse si existen alternativas viables que les permitan explotar los servicios de transporte de viajeros o mercancías en el mismo itinerario en condiciones económicas aceptables. La carga de la prueba en cuanto a la existencia de alternativas viables recaerá en el explotador de la instalación de servicio.*

Si lo que establece la primera parte de este párrafo es el mismo régimen que el aun

¹⁰⁵⁹ Lo que puede provocar abusos excluyentes es la coetilla: *cundo estén disponibles*.

¹⁰⁶⁰ Es decir, en caso de integración vertical de la empresa explotadora, se exige la separación vertical para evitar el conflicto de intereses concurrentiales. Al decir *que también trabaje en al menos uno de los mercados de servicios de transporte ferroviario*, se está refiriendo únicamente a las empresas ferroviarias (que también sean explotadoras del servicio relacionado). Es de notar que se usa el término 'mercados' de servicios de transporte ferroviario. Y si quedaba duda de que debemos usar la metodología propia del Derecho de la competencia, se dice “tenga una posición dominante en el mercado”.

vigente, es decir, *se pueden rechazar las demandas de empresas ferroviarias si existen alternativas viables en condiciones de mercado*¹⁰⁶¹, ahora son condiciones económicas aceptables, lo que indudablemente reduce la complejidad de tener que definir un mercado y sus consecuencias relativas a la amplitud o limitación con que se defina (como hemos visto en el cap. III).

Elimina del régimen anterior que *cuando no todos los servicios sean ofrecidos por un sólo administrador de infraestructuras, el proveedor de la "infraestructura principal" hará todos los esfuerzos razonables para facilitar la prestación de dichos servicios*. Lo que indudablemente mejora la redacción anterior que era confusa, como podemos ver. El cambio importante viene detrás, porque se trata de una radical inversión de la carga de la prueba, que recaerá por tanto, en el demandado. Utilizando, pues, una característica propia del régimen de los recursos esenciales: el propietario o gestor de un recurso esencial debe garantizar el acceso o de lo contrario ofrecer una justificación objetiva de la negativa.

3) *Cuando el explotador de la instalación servicio se encuentre en conflicto entre diferentes solicitudes, intentará conseguir la combinación más adecuada de todas las necesidades. Si no se dispone de ninguna alternativa viable, y no puede dar satisfacción a todas las solicitudes de capacidad correspondientes a la instalación en cuestión basándose en las necesidades demostradas, el organismo regulador contemplado en el artículo 55, por iniciativa propia o a partir de una reclamación, tomará las medidas oportunas para asegurar que una parte de la capacidad se dedica a empresas ferroviarias distintas de las que formen parte del organismo o empresa a la que pertenezca también el explotador de la instalación. Sin embargo, el uso de instalaciones técnicas de nueva construcción, de mantenimiento o de otro tipo, desarrolladas para un nuevo tipo específico de material rodante, podrá reservarse a una empresa de ferrocarriles durante un periodo de cinco años a partir del comienzo de la explotación.*

Como vemos, trata de solucionar los problemas que puedan darse de escasez de capacidad garantizándose a empresas distintas de la empresa dominante integrada y se amplían las funciones del regulador. Además, con la última frase se trata de no

¹⁰⁶¹ Lo que evidentemente implicará echar mano no solo de conceptos del Derecho de la competencia para determinar y demostrar que no existe una alternativa viable, sino que además, como sabemos, y concretamente el *test objetivo* dentro del análisis propio de la doctrina de los recursos esenciales. Véase el test objetivo en el epígrafe III- 2.2.4 de este capítulo.

coartar la inversión de capital de las empresas, especialmente en innovación técnica, que devendría si desde el primer momento de realizar una inversión importante, y asumiendo los riesgos relacionados, tuvieran que compartir los frutos de la misma con los competidores¹⁰⁶².

4) *Cuando la instalación de servicio no se haya utilizado durante al menos dos años consecutivos, su propietario hará público que la explotación de la instalación se pone en alquiler o arrendamiento financiero.*

Es la cláusula de “utilización o pérdida” (“use-it-or-lose-it”) que ya se menciona en la Exposición de Motivos punto 4.4. Aunque en la Exposición de Motivos la medida es obligatoria, o por lo menos más tajante, ya que dice que *“Cuando una instalación de servicio no esté en uso, su propietario debe ponerla a disposición de cualquier parte interesada. Esta medida aumenta la disponibilidad de instalaciones en el mercado al evitar problemas de saturación artificial.”*

- Además en el Anexo III, respecto a los servicios del punto 2, se introduce: *También se dará acceso a las instalaciones de servicio, y al suministro de servicios en las siguientes instalaciones.* Significativos en relación con la DRE son los términos usados “acceso” e “instalaciones”. Por lo demás, se añaden bajo este apartado tres nuevos servicios:

- *la información sobre viajes y la venta de billetes en las estaciones de viajeros*¹⁰⁶³
- *instalaciones portuarias vinculadas a actividades ferroviarias*
- *instalaciones de socorro, incluido el remolcado*

- Principios de tarificación por la utilización de las instalaciones de los servicios relacionados:

El canon por utilización de acceso mínimo será equivalente al coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario, que establece lo mismo que el régimen vigente, pero que cambia para los servicios de acceso por la vía a instalaciones de servicio del punto 2 del anexo 3. Para estos últimos *el canon impuesto por tales servicios no superará el coste de su prestación más un beneficio razonable.* Lo mismo sucederá para los servicios complementarios y auxiliares cuando sean prestados por un solo proveedor

¹⁰⁶² Es también un elemento que se valora a la hora de aplicar la EFD/DRE, como hemos visto en este capítulo, especialmente con ocasión del asunto Microsoft.

¹⁰⁶³ Sin duda para evitar las prácticas anticompetitivas que se exponen en el apartado 3.3) de este epígrafe.

(art. 31-8)¹⁰⁶⁴.

Ahora bien, la novedad estriba en el sistema de recargos, que si bien ya se recoge en el régimen vigente pudiendo imponerlos el Estado miembro *siempre que el mercado pueda aceptarlo*, en la Propuesta de Directiva se establecen los criterios *en el punto 3 del anexo VIII, previa aprobación por el organismo regulador*, para determinar los segmentos del mercado en los que los servicios podrían pagar recargos (art. 32-1, último párrafo). Es decir, la manera en que *los administradores de infraestructura definirán segmentos de mercado* para evaluar la posibilidad de imponer recargos¹⁰⁶⁵.

Sin negar la utilidad práctica de tener determinados de antemano submercados ferroviarios, -aunque tan amplios como, por ejemplo, el mercado de transporte combinado-, se deja en manos del administrador ferroviario, si bien supervisado por el Regulador, la definición de dichos mercados, cuando es obvio que tendrá un interés claro en establecer la viabilidad de tal mercado para cobrar los recargos. En cualquier caso, convierte al administrador de la infraestructura en un experto en definición de mercados, materia propia del Derecho de la competencia.

3.6. La regulación española del mercado de los servicios ferroviarios relacionados

Zonas de servicio ferroviario

Antes de entrar en el examen en sí del régimen establecido en el sistema español para los servicios relacionados, nos referiremos antes a una cuestión que es fácil pasar por alto, y podría aportar una ventaja competitiva al administrador de infraestructuras en un

¹⁰⁶⁴ Sin embargo la vigente Declaración de la Red a Noviembre de 2011 en su cap. V (apartado 5.3.5) dice que *los Servicios complementarios trasladaran al solicitante de los mismos el coste total de las operaciones*, pág. 119.

¹⁰⁶⁵ Así lo dice el punto 4.19 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva de 2010 citada. Por su parte el Anexo VIII-3 dice: *El administrador de infraestructura demostrará al organismo regulador la capacidad de un servicio ferroviario para pagar recargos de conformidad con el artículo 32, apartado 1, entendiéndose que cada uno de los servicios enumerados dentro de uno de los siguientes epígrafes pertenece a un segmento de mercado diferente:*

- a) servicios de viajeros frente a servicios de carga;*
- b) trenes que transportan mercancías peligrosas frente a trenes que transportan otras mercancías;*
- c) servicios nacionales frente a servicios internacionales;*
- d) transporte combinado frente a trenes directos;*
- e) servicios de viajeros urbanos o regionales frente a servicios de viajeros interurbanos;*
- f) trenes bloque frente a trenes por vagones completos;*
- g) servicios ferroviarios regulares frente a servicios ocasionales.*

Asimismo se puede ver que son submercados que directamente no se refieren a los servicios relacionados.

ámbito en el que debería darse la libre competencia.

El art. 40-1 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario¹⁰⁶⁶ establece que “Los servicios adicionales, complementarios y auxiliares en la Red Ferroviaria de Interés General y *sus zonas de servicio ferroviario*, tendentes a facilitar el funcionamiento del sistema ferroviario, *se prestarán ...* Se entiende por zonas de servicio ferroviario las referidas en el artículo 9 de esta Ley.” Artículo 9: “Zonas de servicio ferroviario. El Ministerio de Fomento podrá delimitar, especialmente en ámbitos vinculados a estaciones o terminales de carga, zonas de servicio ferroviario que incluirán los terrenos necesarios para la ejecución de infraestructuras ferroviarias y para la realización de las actividades propias del administrador de infraestructuras ferroviarias, *los destinados a tareas complementarias de aquéllas* y los espacios de reserva que garanticen el desarrollo del servicio ferroviario.

Sin perjuicio de las actividades a que se refiere el párrafo anterior, *dentro de la zona de servicio ferroviario podrán realizarse otras de carácter industrial, comercial y de servicios* cuya localización esté justificada por su relación con aquéllas, de conformidad con lo que determine el Proyecto de Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios y el planeamiento urbanístico correspondiente. La aprobación del Proyecto de Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios llevará *implícita la declaración de utilidad pública o interés social, la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia de la misma, a efectos expropiatorios, de los bienes y derechos necesarios para su implantación*. El Proyecto será *elaborado por el administrador de infraestructuras ferroviarias* y aprobado por el Ministro de Fomento.”

Pues bien, podría justificarse en el futuro la expropiación de bienes y derechos para implantar en dichas *zonas de servicio ferroviario* servicios de paquete mínimo e incluso los del punto 2 del Anexo III de la Directiva 2001/14, o como llama el legislador español a estos últimos, servicios adicionales. Lo que no parece justificable en base a la utilidad pública o interés social es la expropiación de espacios para la oferta de servicios complementarios y auxiliares y otros servicios¹⁰⁶⁷, cuando, además, dice que *podrán*

¹⁰⁶⁶ Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE 276/2003, de 18 noviembre 2003 (Ref. Boletín: 03/20978).

¹⁰⁶⁷ En el cap. VI de la Declaración de la Red (actualizada a 2011) relativo al Régimen Económico y Tributario diferencia entre cánones por la utilización de las infraestructuras ferroviarias, tarifas, que tienen el carácter de precios privados, para la prestación de los servicios adicionales y complementarios, y precios libremente acordados entre las partes para la prestación de los servicios auxiliares. La cuestión no es baladí, ya que bajo “otros servicios” se engloba la explotación comercial de bienes inmuebles e instalaciones de Adif, (tales como oficinas, plazas de aparcamiento para vehículos pesados y coches, espacios para reparación de vagones, depósitos de

realizarse otras actividades de carácter industrial, comercial y de servicios. Todo ello implicaría financiar con fondos públicos (la misma expropiación en sí mas los costes que se ahorra de pagar un precio de expropiación en vez de un precio de mercado) actividades comerciales sujetas al derecho privado, como veremos. Lo que en el fondo es una ayuda estatal. Si un explotador de los servicios complementarios y auxiliares quisiera entrar al mercado y ofrecer actividades industriales o comerciales relacionadas tendría que replicar con sus propios recursos la instalación o pagar un precio de mercado por el uso de la misma¹⁰⁶⁸. Paradójicamente, tendríamos que volver a definir el carácter esencial o no de la instalación para solucionar el problema de acceso a la misma, al ser instalaciones financiadas con fondos públicos, o si considerándose una ayuda de Estado¹⁰⁶⁹, el administrador de infraestructuras estaría obligado a garantizar el acceso, incluso a las instalaciones de servicios complementarios y auxiliares, si no quiere incurrir en un abuso anticompetitivo. Lo que incurre en contradicción con la propia Directiva en el sentido de que el administrador de infraestructuras no está obligado a ofrecer los servicios complementarios ni a prestar los servicios auxiliares.

contenedores, naves de consolidación/desconsolidación, playas de carga/descarga, zonas de almacenaje, etc); bienes muebles (tales como locomotoras, locotractores y grúas) e incluso puede prestar servicios en instalaciones privadas como los apartaderos y talleres. Por tanto, si se asimila a la naturaleza privada la titularidad de las instalaciones donde se prestan estos servicios, que son comerciales, ¿por qué habría de permitirse la expropiación futura para que Adif los pueda ofrecer comercialmente?

¹⁰⁶⁸ Lo que viene también confirmado en el apartado 7 del art. 40 de la Ley ferroviaria española: “El uso de los espacios, instalaciones y medios disponibles en las áreas de las zonas de servicio ferroviario administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias, se regulará a través del correspondiente contrato de disponibilidad entre las partes, en el que figurarán, entre otros extremos, el objeto, la forma y temporalidad de la utilización de dichos medios, la duración del contrato y su precio.” También véase el apartado 7 del art. 40 de la misma Ley que establece un régimen distinto respecto a las *áreas de las zonas de servicio ferroviario que no estuvieran administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias*. Asimismo, respecto a los servicios complementarios y auxiliares, prestados en áreas de zonas de servicio ferroviario no administradas por ADIF, las tarifas por los servicios complementarios únicamente deben ser comunicadas al Ministerio de Fomento, sin que parezca que este las tenga que aprobar, sino únicamente conocer con antelación y, dejando respecto a los servicios auxiliares, que el precio sea libremente acordado por las partes.

¹⁰⁶⁹ MARTINEZ SIERRA, J.M.: “La Constitución económica en la Unión Europea y en España”, J. Lima Torrado, E. Olivas y A. Ortiz-Arce de la Fuente (coord.) *Globalización y Derecho*, editorial Dilex, Madrid, 2007, pp. 381-407. Este autor manifiesta que desde la génesis del proyecto de integración de la UE, la política de competencia es esencial para la realización del mercado interior, primero, y único después. Desde un punto de vista formal, la razón de ser de dicho mercado interior es permitir a las empresas competir entre sí en condiciones de igualdad, por el bien del consumidor europeo. Efectivamente, las trabas a la competencia no son creadas únicamente por las propias empresas, también los gobiernos afectan al mercado interior, es decir, distorsionan la libre circulación de mercancías, servicios y factores, cuando conceden ayudas públicas a los operadores económicos, lo cual es recogido, como sabemos en el art. 107 TFUE. El desarrollo de la praxis y el acervo comunitario ha interpretado amplísimamente este principio. Así, la prohibición afecta a gran número de ayudas de todo tipo, ya sean directas o indirectas; el tipo, motivo y objetivo de la ayuda es adjetivo, lo sustantivo es su impacto en la competencia. Por lo tanto, se consideran ayudas no solo prestaciones positivas como las subvenciones, sino también cualquier otra medida que disminuya las cargas financieras de una empresa.

Relacionado con este tema, en la jurisprudencia comunitaria, el TJCE aplica un amplio enfoque respecto al concepto de Estado, que sienta en el asunto *Foster*¹⁰⁷⁰, y que engloba el conjunto de entidades que ejercen autoridad pública, a través de las cuales el Estado persigue sus políticas, ya sea en su capacidad regulatoria o intervencionista o incluso cuando el Estado opera como un participante del mercado. Pero con una importante consecuencia, tal entidad debe observar todas las obligaciones impuestas por la Directiva comunitaria al caso que sean relevantes para su conducta, incluso en aquellas áreas que van más allá de su control o que caen fuera del ámbito de las actividades por las que la susodicha entidad es considerada parte del Estado.

Servicios adicionales¹⁰⁷¹

Dentro de las competencias y funciones del administrador de infraestructuras ferroviarias (art. 21) se incluyen:

- j) La prestación de servicios adicionales y, en su caso, de servicios complementarios y auxiliares al servicio de transporte ferroviario.
- k) La propuesta al Ministerio de Fomento de las tarifas por la prestación de los servicios adicionales y complementarios¹⁰⁷².
- l) El cobro de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias y, en su caso, de las tarifas por la prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares.

El Título III de la Ley del Sector Ferroviario española se refiere exclusivamente a la prestación de servicios ferroviarios adicionales, complementarios y auxiliares (art. 39 a 41). En el art. 40-2 establece el régimen para los servicios de acceso a y desde la vía a las redes ferroviarias (o servicios del punto 2 del Anexo III de la Directiva 2001/14) que

¹⁰⁷⁰ Así lo dice PRECHAL, S.: *Directives in EC Law*, OUP, 2 edición, Oxford, 2005, en referencia al asunto mencionado *Foster* C-188/89 (1990) Rec. I-3313, párr. 18.

¹⁰⁷¹ Los servicios de paquete mínimo serán ofrecidos siempre por el gestor de la infraestructura de acuerdo a las Directivas. La Ley del Sector Ferroviario, sin distinguirlos, los asimila a la misma infraestructura ferroviaria básica. Ahora bien, si los diferencia y relaciona en la Declaración de la Red 2011, cap. V, (apartado 5.2).

¹⁰⁷² Fueron modificadas las letras j) y k) del apartado 1 por el art. 24.1 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, (BOE-A-2009-20725). Por tanto, las tarifas de los servicios adicionales y complementarios son precios regulados, mientras que se deja a la libertad de las partes los precios de los servicios auxiliares. Ahora bien, no debemos de olvidar, por ejemplo con la ya mencionada STJCE de 16 septiembre 2008 en los asuntos acumulados *C-468/06 a C-478/06-SOT. Lelos Kai Sia EE y otros/GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proionton*, que el grado de regulación de los precios, en este caso, en el sector de los productos farmacéuticos, no puede excluir la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

engloba bajo servicios adicionales. La prestación de los servicios adicionales en la Red Ferroviaria de Interés General y sus zonas de servicio ferroviario será realizada siempre por el administrador de infraestructuras ferroviarias, estando obligado a prestarlos a solicitud de las empresas ferroviarias.

Es, en consecuencia, un régimen más benigno con los competidores que el que establece la Directiva vigente, ya que estos no tendrán que demostrar que no existen alternativas viables, puesto que el acceso siempre estará garantizado. En cualquier caso, no parece que le afectará la modificación introducida por la Propuesta de Directiva de 2010 (art. 13-2) respecto a la inversión de la carga de la prueba, porque como hemos dicho ADIF está obligado a prestarlos.

Por otra parte, faltan de la enumeración de estos servicios adicionales en los anexos las *vías de apartado* y las *estaciones de viajeros*, así como sus *edificios e instalaciones conexas*, que recoge la Directiva, pero no la Ley del Sector ferroviario. Sin embargo, sí que se recoge este paquete de acceso mínimo separadamente del resto de servicios relacionados en el cap. V, (pág. 114), de la Declaración de la Red como paquete de acceso mínimo se recogen el *acceso a las Estaciones de viajeros* (apto. 5.2.4), y dentro de este acceso a las Estaciones, *la utilización de las vías de apartado* como un subapartado¹⁰⁷³.

Servicios complementarios

La situación se complica especialmente para los servicios complementarios por el establecimiento de tres modalidades distintas para ofrecer estos servicios, aunque siempre en régimen de Derecho privado:

a) A su vez, dentro de esta primera modalidad distingue entre la prestación directa por Adif o mediante gestión indirecta a través de empresas contratistas. Estas últimas necesitarán de título habilitante otorgado por el administrador de infraestructuras. En cualquier caso, estos servicios son de obligada prestación¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷³ Resulta muy confuso que en la Ley del Sector Ferroviario no se recoja ni distingan los servicios de paquete mínimo para luego sí hacerlo en la Declaración de la Red, siendo que en la Directiva tanto el acceso a las estaciones de viajeros como las vías de apartado se enmarcan bajo los servicios adicionales y en la Declaración de Red española, como hemos visto, bajo los de paquete mínimo.

¹⁰⁷⁴ En efecto la Declaración de la Red, en su pág. 119, primer párrafo, dice que *los servicios ferroviarios que ofrezca en cada momento Adif, a través de la Declaración sobre la Red, serán de obligada prestación*. Sin embargo, SANZ JUNOY, I.: “Gestión y servicios en las terminales de mercancías. Aplicación práctica en ADIF”, *Documentos de Explotación Económica*, Fundación de Ferrocarriles Españoles, Madrid, abril 2011, pág. 56, dice que respecto a los servicios de acceso a instalaciones exteriores (tipo SC-2A y SC-3A) en la práctica, Adif no realiza desplazamientos

b) Directamente por empresas prestadoras por su propia cuenta, con título habilitante otorgado por el administrador de infraestructuras. Asimismo, para ello deberán llevar a cabo un contrato con el administrador relativo a la disposición de los espacios, instalaciones o medios necesarios para poder realizar la prestación correspondiente.

c) Autoprestación por las empresas ferroviarias y los candidatos titulares de material rodante, *presten o no servicios complementarios*. Como el caso anterior, han de disponer de título habilitante y contrato de uso de la instalación. Lo que no se entiende es la contradicción en la que incurre cuando seguidamente les “*prohíbe la prestación de servicios complementarios a empresas distintas*”, ya que en esta modalidad se trata de la prestación de las empresas ferroviarias y los candidatos titulares de material rodante, *presten o no servicios complementarios*. En consecuencia, si prestan servicios complementarios no tienen más remedio que prestarlos *a empresas distintas* a ellas mismas, en caso contrario no los prestaran.

En línea con lo establecido en el párrafo anterior, viene la eliminación en 2011 del requisito de “*no vinculación con empresas ferroviarias para la realización por terceros de servicios complementarios*”¹⁰⁷⁵, *tanto en la modalidad de gestión indirecta como a riesgo y ventura*”¹⁰⁷⁶, llevada a cabo por la modificación por parte de la disposición final 23.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo¹⁰⁷⁷, deduciéndose por exclusión, que permanece, sin embargo, para las empresas ferroviarias y los candidatos *titulares de material rodante*, es decir, para la modalidad c), lo que desde luego sigue siendo contradictorio y constituye una restricción a la competencia al producirse un cierre de mercado a la competencia potencial.

superiores a los 15 kms, por lo que tan solo se aplican los dos primeros tramos de la tabla, es decir, que no suministra servicios de desplazamientos a distancias superiores a los 15 kms. Sin embargo, de ser solicitados, Adif se verá obligada a prestarlos, por dos razones: porque los oferta en la Declaración de la Red y porque constituirán un servicio esencial si no existen alternativas viables.

¹⁰⁷⁵ El Informe del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 22 de abril de 2009, al Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (IPN 08/2009 Anteproyecto de Ley omnibus), pág. 35 dice *A este respecto, de acuerdo con la redacción actual, no queda claro qué se ha de entender exactamente por “vinculación con empresas ferroviarias”... debe precisarse qué entender por “vinculación”, si la participación en el capital, la pertenencia al mismo grupo empresarial que una empresa ferroviaria, o cualquier otro criterio*. En este sentido, en mi opinión, la nueva Propuesta de Directiva de 2010 trata de solucionar los posibles problemas de conflicto de intereses concurrenciales al compeler *Cuando el explotador de la instalación de servicios pertenezca a un organismo o empresa que también trabaje en al menos uno de los mercados de servicios de transporte ferroviario para el que se use la instalación y tenga en él una posición dominante, al explotador a que se organice de tal manera que sea independiente de este organismo o empresa en el plano jurídico, organizativo y de toma de decisiones*, (art. 13-2, ya visto).

¹⁰⁷⁶ Es decir, los supuestos a) -segunda parte-, y b).

¹⁰⁷⁷ (BOE-A-2011-4117)

En relación al régimen de gestión indirecta a través de empresas contratistas, (segunda opción de la modalidad a) del art. 40-3), y cuando se presten los servicios complementarios directamente por empresas prestadoras (modalidad b del mismo artículo), el Informe del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 22 de abril de 2009, al Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio¹⁰⁷⁸, indicaba que la redacción del precepto debería clarificarse. Aunque el precepto se ha modificado acertadamente en este sentido por el art. 24.2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre¹⁰⁷⁹, consideramos que sigue estando pendiente lo que dicho Informe de la CNC preceptúa en lo siguiente:

“... la redacción de la segunda alternativa es confusa, puesto que parece que va a desarrollar la prestación directa, sujeta a las condiciones en su caso aplicables, para sin embargo aludir al “oportuno acuerdo o contrato con dicho administrador”, lo que induce a pensar que seguimos hablando de gestión indirecta. En tercer lugar, no queda claro a quién corresponde la decisión de optar por un régimen de gestión indirecta, ... y cuál va a ser el papel del administrador de infraestructuras ferroviarias en la conformación de tal decisión. En este caso, se consideraría apropiado introducir en el art. 40.3 una cautela de “mínima restricción posible”, en el sentido en que esta opción, la más restrictiva de la competencia, tiene que hallar justificación en que sea la única alternativa posible a la adecuada prestación del servicio.

Finalmente, en relación con las tarifas por los servicios complementarios prestados en la Red Ferroviaria de Interés General y en las áreas de sus zonas de servicio ferroviario administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias, el art. 79 establece que serán aprobadas, con independencia de quién sea su prestador, por el Ministerio de Fomento a propuesta del administrador de infraestructuras ferroviarias. Por las razones

¹⁰⁷⁸ Informe del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 22 de abril de 2009, al Anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (IPN 08/2009 Anteproyecto de Ley ómnibus) que tiene como fin trasponer la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, la cual pretende conseguir la consolidación de un mercado interior de servicios en la Unión Europea, (págs. 34 a 37).

¹⁰⁷⁹ (BOE-A-2009-20725). Particularmente es interesante observar las modificaciones positivamente introducidas en el sentido de lo que dice este Informe de la CNC, como sigue: *Adicionalmente, entrando en el supuesto de la prestación directa por particulares en posesión del título habilitante, en estos casos las empresas que quieran prestar servicios complementarios van a erigirse en competidores del administrador de infraestructuras ferroviarias de cara a dicha prestación (quien tiene el compromiso de ofrecerlos obligadamente a solicitud de las empresas ferroviarias y otros candidatos). En consecuencia, convendría eliminar el margen de decisión que puede tener el administrador de infraestructuras ferroviarias, clarificando en el propio art. 40.3.b) el carácter reglado del título habilitante, así como la necesidad de que éste consienta la conclusión del acuerdo o contrato para la empresa provista del título habilitante, siempre que así se le solicite.*

mencionadas anteriormente (el administrador de infraestructuras ferroviarias actúa como operador), convendría precisar en dicho artículo que la propuesta del administrador no es vinculante para el Ministerio de Fomento.

También se establece en dicho artículo que el Ministerio de Fomento podrá establecer, por motivos de interés general, exenciones o bonificaciones en las tarifas en vigor de los servicios prestados por el administrador de infraestructuras ferroviarias, compensando a este último, si procede, por la disminución de ingresos que se derive de la aplicación de las mismas. En este sentido, habrían de clarificarse los motivos de interés general concretos en que basar (así como los casos en que, existiendo estos motivos, ello sea procedente) la compensación al administrador de exenciones o bonificaciones sobre las tarifas en vigor de los servicios complementarios prestados por aquél, que el párrafo 2º de dicho artículo 79.1 justifica por “la disminución de ingresos que se derive de la aplicación de las mismas”. Estas exenciones o bonificaciones a partir de una tarifa previamente fijada suponen una ventaja competitiva para uno de los operadores en el mercado, lo que puede afectar a la viabilidad como competidores del resto de operadores.”

Estas indicaciones o no han sido incorporadas o no lo han sido con el rigor deseado en el art. 79-1, segundo párrafo, ya que el mismo dice actualmente (a Diciembre de 2011)¹⁰⁸⁰ lo siguiente: “Las tarifas de los servicios complementarios prestados en la Red Ferroviaria de Interés General y en las áreas de sus zonas de servicio ferroviario administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias serán aprobadas, con independencia de quien sea su prestador, por el Ministerio de Fomento a propuesta del administrador de infraestructuras ferroviarias¹⁰⁸¹. Su cuantía deberá figurar en la declaración sobre la red. El Ministerio de Fomento podrá establecer, por *motivos de interés general relativos a los objetivos de la política social*¹⁰⁸², *exoneraciones o aminoraciones* en las tarifas en vigor de

¹⁰⁸⁰ Se impone justificación motivada a la CNC cuando disienta de los informes que emita el Comité de Regulación Ferroviaria. Véase el art. 83-2,e) cuando dice que el CRF ostenta las siguientes competencias: e) *Emitir informe determinante sobre los expedientes en materia ferroviaria tramitados por la Comisión Nacional de la Competencia. Dicho informe deberá emitirse en un plazo de quince días. Cuando la Comisión Nacional de la Competencia, en su caso, resuelva, sólo podrá disentir del contenido del informe determinante de forma expresamente motivada.*

¹⁰⁸¹ Por lo que no recoge la no vinculación del Ministerio de Fomento a la propuesta del administrador.

¹⁰⁸² Sigue siendo muy inconcreto, en contra de la indicación del informe de la CNC, los *motivos de interés general relativos a los objetivos de política social*, que siguen sin precisarse. Véase en el cap. I el epígrafe III- 6.1.4 relativo al régimen español respecto a los servicios de transporte ferroviarios de interés público. Además de que puede ser contrario al art. 106-2 TFUE ya que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedaran sometidas a las normas de los Tratados, por tanto, al Derecho de la competencia.

los servicios prestados por el administrador de infraestructuras ferroviarias, compensando a este último, si procede, por la disminución de ingresos que se derive de la aplicación de las mismas”¹⁰⁸³. Eso sí, en vez de usar los términos *exenciones o bonificaciones*, tras la reforma dice *exoneraciones o aminoraciones*.

Servicios auxiliares

Respecto a los servicios auxiliares, el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá prestarlos en cualquier caso. Ahora bien, cuando no los preste el administrador de infraestructuras no será obligatoria para otros explotadores del servicio dicha prestación. No es precisa autorización previa alguna de la administración ferroviaria, efectuándose en régimen de Derecho privado, eso sí, suscribiendo el correspondiente contrato sobre disponibilidad de espacios y de instalaciones o medios administrados por el administrador de infraestructuras ferroviarias.

Respecto a los servicios auxiliares no impone una prohibición expresa a las empresas ferroviarias y otros candidatos titulares de material rodante para su prestación a terceros, pero introduce la barrera legal de que *el objeto social de la empresa prestadora deberá abarcar la realización de los citados servicios*; indicando que, sin embargo, las empresas ferroviarias y otros candidatos titulares de material rodante que no cumplan este requisito *podrán realizar para sí los referidos servicios en régimen de autoprestación*, directamente o a través de terceros.

Requisitos que repite en el apartado siguiente (5 del art. 40) para ambas categoría de servicios, complementarios y auxiliares, en aquellas áreas de las zonas de servicio ferroviario que no estuvieran administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias. Sin duda, es una medida intervencionista porque trata de ordenar relaciones comerciales totalmente privadas¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ Es significativo ver el diferente régimen cuando las instalaciones no son de titularidad estatal, así este art. 79-1 continua diciendo que “Las tarifas de los servicios complementarios realizados en las áreas de zonas de servicio ferroviario no administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias serán de libre fijación por la empresa prestadora, que deberá comunicarlas con antelación al Ministerio de Fomento para su conocimiento.” No hemos de olvidar que las instalaciones administradas por Renfe se financiaron con fondos públicos.

¹⁰⁸⁴ Aunque, sin duda, se ha avanzado en la liberalización de este mercado, así lo imponen las Directivas ferroviarias. Vease Rodrigo de Larrucea, J. que dice sobre este aspecto que “Obviamente la circunstancia de que tanto las empresas ferroviarias como candidatos de material rodante, puedan prestar dichos servicios sin necesidad de título habilitante, supone un mayor empuje para liberalizar el sector y de alguna forma potenciar que sean las propias empresas privadas, quienes asuman mediante su propio personal la gestión y prestación de dichos servicios, fijando estos operadores sus propias tarifas respecto a los servicios complementarios, y

A pesar de que el art. 41 LSF exige que el régimen jurídico de las condiciones de prestación de los servicios adicionales, complementarios y auxiliares sea *conforme a los principios de no discriminación y la proporcionalidad*, consideramos que se están imponiendo requisitos sin justificación alguna a las empresas ferroviarias y otros candidatos *titulares de material rodante*, que conllevan efectos disuasorios de entrada al mercado a competidores potenciales con el consecuente cierre de mercado o mercados¹⁰⁸⁵. Amén de las medidas intervencionistas declaradas para reglar relaciones exclusivamente privadas entre las partes.

Asimismo, se echa de menos uno de los servicios auxiliares que recoge la Directiva y la Ley del Sector Ferroviario española (en sus respectivos anexos), pero que no recoge la Declaración de la Red en su capítulo V, apartado 4 (pág. 132) que es la *inspección técnica del material rodante*¹⁰⁸⁶.

Una reflexión final con AZCUENAGA, M.L.¹⁰⁸⁷, la cual advierte que pueden surgir problemas de competencia que se tratan de controlar en cualquier momento a través de regulación. Por ejemplo, la regulación de un recurso esencial, que es también un monopolio natural, puede alentar a la empresa regulada a integrarse dentro de un mercado desregulado para evadirse de los límites regulatorios impuestos sobre las ganancias que puede extraer de su monopolio. Este planteamiento puede hacernos pensar que Adif como gestor de infraestructuras se integra dentro de los mercados desregulados de servicios relacionados de transporte, por los menos, de los servicios auxiliares y otros servicios. Surge la cuestión de si no se debería exigir al gestor de infraestructuras su separación vertical cuando esté gestionando o prestando servicios comerciales relacionados con el transporte ferroviario, tal como se exigió la separación de la administración de la infraestructura del mercado de servicios de transporte ferroviario.

siendo libremente pactado entre las partes el precio en los servicios auxiliares”, en su escrito “la ley Omnibus y la ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Especial referencia a las actividades complementarias y auxiliares: la introducción de la *autoprestación*”, pag. 8.

¹⁰⁸⁵ El citado Informe del Consejo de la CNC de 2009 indica que *En el art. 41, que habilita al Ministerio de Fomento para “establecer reglamentariamente las condiciones de prestación de los servicios adicionales, complementarios y auxiliares, sería conveniente la misma alusión a la mínima restricción posible, como plasmación concreta del principio de proporcionalidad que sí figura en el texto.”*

¹⁰⁸⁶ Aunque sí diga la Declaración de la Red en dicho cap. V que estos servicios se citan a título enunciativo y no limitativo. Ahora bien, es mas que probable que los operadores ferroviarios consulten la Declaración de la Red y no la Ley.

¹⁰⁸⁷ AZCUENAGA, M.L.: “Essential Facilities and Regulation: Court or Agency Jurisdiction?”, *Antitrust Law Journal*, 1990, vol. 58, pp. 879-886.

VI. CONCLUSIONES DEL CAPITULO

Es generalmente reconocido que desde la aparición en 1912 del caso *United States v. Terminal Railroad Association*, la Doctrina de los Recursos Esenciales ha sido un tema de disputa legal durante un siglo, especialmente porque al imponer un derecho de acceso a un recurso o instalación esencial se coarta la libertad comercial del propietario o gestor del mismo. El área específica de la legislación antitrust que pone de relieve especialmente las diferencias entre los regímenes antitrust en la EU y USA es en la aplicación de la Doctrina de los Recursos Esenciales (EFD/DRE).

Al ser esta doctrina de creación eminentemente jurisprudencial ha sido necesario estudiar su evolución a través de los asuntos que han enjuiciado los tribunales, como hemos llevado a cabo en este capítulo. En ello, la jurisprudencia norte-americana llegó a consolidar prácticamente los mismos requisitos para su aplicación que exige su homóloga comunitaria, si bien en el contexto de la teoría de la monopolización de mercados que recoge tanto la Sección 1 como la 2 del Sherman Act; además aplicándose en el marco de ambas Secciones, ya que la Sección 2 no comprende comportamientos colectivos, sino únicamente conductas unilaterales.

En la practica, la libertad comercial de la empresa monopolista en el ámbito antitrust USA es más amplia que en el ámbito del Derecho de la Competencia UE y, por tanto, se entendió la aplicación de la doctrina como una excepción. Si bien el asunto *Aspen* planteó una cuestión nueva con la introducción del elemento de la intención en la conducta de la empresa monopolista para el pronunciamiento de que la integración vertical no es requisito para que se de una violación de las leyes antitrust de la negativa de acceso/trato.

En el viejo continente el Derecho de la Competencia no recoge en sus arts. 101 y 102 TFUE la monopolización de mercados relacionados, y solo puede reprenderse la conducta de empresas dominantes cuando efectivamente se produjera un abuso anticompetitivo, con el plus añadido de que conduzca a un cierre o bloqueo del mercado en cuestión.

El emblemático asunto *Bronner* consolidó tres requisitos acumulativos que determinaban la esencialidad de un recurso o instalación, a saber:

- la indispensabilidad del recurso o instalación, de acuerdo a su sustituibilidad real o potencial;
- la eliminación de toda la competencia en el mercado por parte del competidor al necesitar del recurso, (el cual viene a convertirse en insumo esencial de la actividad comercial que lleva a cabo en el mercado relacionado);
- falta de una justificación objetiva para denegar el acceso o suministro.

El carácter restrictivo de estos requisitos limitó la aplicación de la doctrina, y llevó a plantearse si ante casos de recursos esenciales podía presumirse el abuso anticompetitivo y de cierre de mercado a competidores potenciales, es decir, si la constatación de los requisitos determinaba el abuso *per se*. Como hemos adelantado en este capítulo y desarrollaremos en el siguiente capítulo, esta concepción nos llevaría a considerar innecesario la definición del mercado a priori conforme al método tradicional de aplicación del art. 102 TFUE, y consecuentemente, a definir el mercado en función del abuso.

La postura de la Comisión al valorar si la conducta de una empresa dominante que se niega a suministrar sus bienes o prestar sus servicios es abusiva, se centra en si tal conducta se lleva a cabo con el fin de limitar o excluir a sus competidores efectivos o potenciales de un mercado determinado, incluyendo el cierre o bloqueo anticompetitivo del mismo, o de reforzar su posición en dicho mercado o de extenderla a otro mercado derivado. De este modo, en 1992 en el asunto *B&I Line plc c/ Sealink Harbours Ltd. y Sealink Stena Ltd.*¹⁰⁸⁸, es cuando por primera vez, en general, la Comisión declaró un principio general usando explícitamente el concepto «essential facility», echando mano del art. 102, c) ante denegaciones de acceso o suministro a competidores existentes, y del art. 102, b) en casos de denegación de acceso o suministro a nuevos competidores.

Sin embargo, conforme a la postura siempre tradicional de los Tribunales europeos, -que tampoco entran a resolver muchas de las cuestiones planteadas en estos asuntos en relación a la doctrina que nos ocupa-, podemos concluir que el Derecho de la Competencia UE no obliga a una empresa dominante a compartir un recurso esencial con sus competidores, -aunque dicho acceso proporcionara al competidor una ventaja o produjera un efecto sustancial en la competencia-, salvo si el acceso al recurso es verdaderamente indispensable, y siempre en el marco de la Denegación de suministro.

¹⁰⁸⁸ Decisión *B&I Line plc v. Sealink Harbours Ltd. and Sealink Stena Ltd.* de 11 Junio, 1992, (DO L 15/8 de 18 de enero de 1994).

Recordemos que el art. 102 TFUE castiga abusos, no posiciones dominantes por sí solas. Sin embargo, tampoco hemos de olvidar la responsabilidad cualificada que se impone en el ámbito UE a las empresas dominantes.

Asimismo, la doctrina solo podría darse en el marco de las actividades de empresas integradas verticalmente, es decir, presentes en dos mercados relacionados, lo que viene a la postre a recuperar la teoría de la monopolización de mercados norte-americana. Se explica bien en el asunto *Telemarketing*, en el que el TJCE señaló que *los insumos retenidos por la empresa dominante resultaban indispensables para las actividades de la otra empresa y consideró abusivo que una empresa dominante se reserve, o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, una actividad auxiliar que podría ser realizada por una tercera empresa como parte de las actividades de ésta en un mercado afín, pero distinto*. Este planteamiento generaba a la vez muchas cuestiones: ¿cómo habrían de definirse los dos mercados?; ¿deben coincidir mercado relevante y recurso esencial?; si la presencia de la empresa dominante en ambos mercados debía ser directa y actual o indirecta y potencial; si la empresa dominante en el mercado primario debía ser también dominante en el mercado relacionado; ¿qué papel juega la intención de la empresa dominante en la consideración objetiva de la conducta?; si supone la justificación objetiva una inversión de la carga de la prueba.

También se observó que la doctrina de los recursos esenciales podía aplicarse en el contexto del art. 101 TFUE, cuando tratándose de acuerdos, no podía prevenirse a través del art. 102 la monopolización de un mercado por un grupo de empresas, ya que el abuso aun no se había producido, de modo parecido al control de concentraciones.

En consecuencia, del estudio de la jurisprudencia europea en contraste con la norte-americana, consideramos que encasillar la aplicación de la EFD/DRE dentro del marco de aplicación del art. 102 TFUE deja fuera los planteamientos de monopolización de mercados, especialmente los mercados potenciales con el consiguiente efecto de cierre de un mercado de nueva creación, especialmente en una época como la actual de avance tecnológico global al que no se puede poner freno si queremos una Europa competitiva. La aplicación de la doctrina dentro de sus estrictos requisitos podría dar solución a este problema.

Así lo ha entendido la Comisión, que ha venido utilizando los principios de esta doctrina para la desregulación y apertura a la competencia de las grandes industrias de red

europeas, como hemos visto en el cap. II (epígrafe V). La misma doctrina tiene una naturaleza cuasi-regulatoria, cuando se trata de imponer unas condiciones y un precio razonable de acceso a un recurso o instalación, especialmente cuando se compele al acceso por primera vez (-en que no hay comparación posible para fijar el precio y las condiciones de acceso-). Lo que plantea una serie de cuestiones fundamentales: ¿hasta qué punto se puede obligar a una empresa a que comparta los frutos de su esfuerzo?; ¿debe incluso obligarse a que suministre servicios o productos que no ha comercializado hasta el momento nada más que para sí misma?; ¿debe la empresa dominante realizar inversiones para hacer posible el acceso o suministro en contra de sus intereses comerciales (como sucedió en el caso *Microsoft*)?.

Por ello, en los últimos años se ha planteado un importante debate respecto al efecto que la aplicación generalizada de la EFD/DRE puede tener en la inversión en innovación y desarrollo de nuevos productos y tecnologías. Planteamiento, por tanto, muy actual, si bien hasta ahora solo se han oído las voces de sus detractores, la reciente línea doctrinal, al contrario, ha enfatizado en las incalculables externalidades positivas que el acceso a determinados recursos pueden significar para la sociedad en general. Así, según FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S.¹⁰⁸⁹ un sistema operativo, como Windows, es un recurso vital para todos los usos comerciales, creativos, y públicos que los usuarios de ordenador pudieran producir gracias a su acceso al mismo.

Al mismo tiempo, con el asunto *Microsoft* se confirmó una reciente línea jurisprudencial por la que en la valoración del abuso anticompetitivo se tendrían en cuenta los efectos producidos como consecuencia en el mercado, de tal modo, que en este asunto, incluso se sopesaron las ventajas e inconvenientes que causaría en el mercado reprender la conducta de Microsoft, más que en si verdaderamente constituía un abuso.

Como hemos dicho, estamos en presencia de procesos de desregulación en el seno de la UE, o cuanto menos, liberalizando importantes sectores de la industria comunitaria, como el sector del transporte. Ahora bien, estas medidas regulatorias de liberalización de poco servirían si se diera carta blanca a las empresas en el mercado para que se dedicaran a discriminar o a impedir la entrada de competidores en favor de sus propias actividades.

¹⁰⁸⁹ *Essential Facilities, Infrastructure, and Open Access*, ed. Loyola University, Chicago, 2006, pág. 55.

No pueden entenderse los casos ferroviarios analizados sin tener en cuenta el contexto regulatorio específico en el que se desarrolla el mercado del ferrocarril y su problemática. El objetivo de la Comisión en todos estos casos fue incentivar la liberalización y apertura del mercado a través de la protección de la competencia no solo residual sino también potencial, y con ello, la introducción de nuevos servicios ferroviarios, ya fuera a través del art. 101 TFUE (asuntos *Eurotunnel*, *MCN y ENS*) o del art. 102 TFUE (asuntos *HOV-SVZ*, *GVG c/ FS*, *GVG c/ DB*).

Al principio de la liberalización del mercado ferroviario en Europa, como hemos visto en la jurisprudencia relativa a los casos ferroviarios, el gestor de la infraestructura ferroviaria nacional estaba integrado estructuralmente con el operador nacional de servicios ferroviarios de transporte de servicios constituyendo un monopolio legal. Como aun no existía una normativa regulatoria que disciplinara los fallos estructurales del mercado comunitario, las obligaciones de dar acceso a la infraestructura ferroviaria se encuadraban dentro de las prácticas del art. 102 TFUE. Asimismo, también en este estadio temprano de la liberalización, la Comisión asumió la postura de que cuando dos o más compañías ferroviarias nacionales establecieran una *joint venture* para suministrar servicios de transporte, debían actuar bajo la regulación del art. 101 con el fin de dar a sus competidores el mismo acceso y bajo las mismas condiciones o en condiciones equivalentes que tendría la misma *joint venture*, (casos de *Eurotunnel* y *European Night Services*, como hemos visto).

Como hemos visto a través de estos casos, la complejidad del sistema ferroviario, especialmente su problemática estructural hace particularmente aplicable y atractiva la aplicación de la EFD/DRE en este sector, y tanto es así, que la Comisión la utiliza en sus paquetes ferroviarios (analizados en el cap. I) como sustento de las reformas estructurales conducentes a la desintegración de los antiguos monopolios ferroviarios nacionales.

Conforme a los casos ferroviarios analizados y a través del estudio del mercado de servicios ferroviarios relacionados (en el último epígrafe V- 3 antes de estas Conclusiones) hemos podido ver:

- que la red ferroviaria es, *per se*, una instalación esencial para poder realizar cualquier operación de transporte por ferrocarril. A partir de ahí, la normativa regulatoria definirá que componentes o servicios de la infraestructura pueden

también considerarse esenciales.

- El gestor de la infraestructura está obligado a dar acceso a la infraestructura ferroviaria a una determinada categoría de empresa ferroviaria (la que aporte la tracción);
- la empresa ferroviaria se ve obligada a suministrar indiscriminadamente tracción y locomotoras al operador de servicios ferroviario (empresa ferroviaria y operador pueden ser coincidentes)¹⁰⁹⁰

Al respecto, en 2006, la Comisión emitió el Informe *sobre el progreso en la aplicación del Primer Paquete de Infraestructuras ferroviario*¹⁰⁹¹. En este informe, la Comisión indicó los criterios que usaría para la monitoria de la implementación del primer paquete ferroviario en los Estados miembros. Una cuestión importante era la independencia del gestor de la infraestructura, puesto que ejerce funciones esenciales como el acceso a la infraestructura y el cobro de tarifas a los operadores ferroviarios. Esto es particularmente relevante para los Estados miembros en los que operador ferroviario y gestor de infraestructura aun pertenecen al mismo grupo o holding (integración vertical, en la mayoría de los Estados miembros). La Comisión exige, entre otras condiciones, que los miembros del equipo de Dirección del holding no estén en el equipo de Dirección del gestor de la infraestructura. Asimismo, los miembros del equipo de Dirección del holding deben ser nombrados y despedidos bajo el control del regulador ferroviario, y otras provisiones estatutarias y contractuales han de garantizar que los gestores de infraestructura ejerzan sus funciones esenciales independientemente del holding.

En el Informe Anual de la Competencia de 2007, se afirmó que aun concluida la apertura del mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, seguían existiendo diversos problemas estructurales, siendo uno de ellos la disociación e independencia de las funciones esenciales para un acceso no discriminatorio a la red y la falta de capacidad administrativa e independencia de los organismos reguladores del transporte ferroviario¹⁰⁹².

En el Informe Anual de la Competencia de 2008 (párr. 270), se llama la atención sobre el

¹⁰⁹⁰ Art. 3 de la Directiva 91/440, texto consolidado.

¹⁰⁹¹ (COM(2006) 189, disponible en el servidor de EUR LEX en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0189en01.pdf.)

¹⁰⁹² En el párr. 72 del citado Informe. Véase además la Recomendación de la Comisión, de 11 de diciembre, relativa a la actualización para 2008 de las Orientaciones Generales de Política Económica para los Estados miembros y la Comunidad, COM (2007)803. Véanse en especial los apartados de la Recomendación dedicados a Francia y Alemania.

hecho de que a pesar de la plena liberalización de los mercados de transporte de mercancías por ferrocarril desde 1 de enero de 2007, todavía están caracterizados por una competencia limitada y una fuerte cooperación tradicional entre las empresas nacionales en el área del transporte de mercancías en el cruce de fronteras¹⁰⁹³, lo que se repite igualmente en el Informe Anual de la Competencia 2009, (párr. 388).

La desconcentración en la aplicación del Derecho de la Competencia que ha establecido el nuevo régimen del Reglamento 1/2003, al que hemos hecho referencia en el capítulo I, conlleva un rotundo cambio en el control de los asuntos concurrenciales que puedan plantearse a nivel europeo, en el sentido de que son tratados a nivel nacional por la autoridades de competencia nacionales (al menos en un principio). Lo que a su vez conlleva la grave consecuencia de que, una vez liberalizado un mercado o en el proceso de su liberalización, el control que debe ejercer el Derecho de la Competencia para que se mantengan unas condiciones de competencia adecuadas reprimiendo los ilícitos que puedan cometerse, queda en manos de unos órganos de Competencia inexpertos en la materia o en la industria de que se trate y, dependiendo por donde se encauce el asunto, también los Tribunales Mercantiles o Civiles ya sobrecargados de trabajo. Las autoridades de Competencia además, por lo menos en España, constituyen órganos administrativos. Por su parte, el Regulador Ferroviario que debe vigilar que las Directivas comunitarias que regulan este sector se apliquen imparcialmente, vigilando la gestión del administrador de infraestructura y sobre todo a la empresa ferroviaria antiguo monopolio nacional, pertenece al Ministerio de Fomento, que también es un órgano administrativo. Muchas veces el problema no es una cuestión de comportamiento expreso sino de actitud y con el panorama descrito, no parece que la actitud vaya a ser favorable a la entrada y establecimiento de nuevos competidores, incluidos los de otros Estados miembros, en la escena nacional de los respectivos Estados miembros. Más bien parece que las barreras que se vislumbran en el panorama descrito, -incluidas la falta de independencia y autonomía por parte de los órganos encargados del buen funcionamiento del mercado- serán capaces de disuadir incluso al más poderoso de los competidores.

¹⁰⁹³ Es decir, donde el ferrocarril nacional llega hasta la frontera y se traspasa ya sea la carga o los pasajeros al ferrocarril nacional vecino; se trata de los acuerdos de cooperación tradicionales en que cada ferrocarril actúa en su propia red nacional. La liberalización no fomenta este tipo de actuación sino que lo que se pretende es el derecho de establecimiento y de comercialización o apertura a otras redes nacionales como si de la propia se tratara.

CAPITULO V:
DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES. DEFINICION,
CATEGORIZACION Y CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN AL
MERCADO FERROVIARIO DE LA UE

I. INTRODUCCIÓN

II. PROFUNDIZACIÓN EN LA DEFINICIÓN

1. Afectación a la competencia
2. Supuestos de aplicación de la EFD

III. ¿SON NECESARIOS DOS MERCADOS?

1. Planteamiento de la cuestión
2. Definición del mercado relevante en relación al recurso esencial
 - 2.1. Consecuencias de una definición del mercado muy limitada
 - 2.2. Definición del mercado en función del abuso anticompetitivo
 - 2.3. Análisis tradicional del mercado relevante
3. La necesidad de dos mercados
 - 3.1. ¿Es irrelevante la distinción de dos mercados?
 - 3.2. ¿Se dan dos mercados en los casos de derechos de propiedad intelectual?
 - 3.3. ¿Se confunde la necesidad de dos mercados en la doctrina de los recursos esenciales con el apalancamiento de mercados?
4. Presencia de la empresa dominante en el mercado derivado

IV. JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DE LA EMPRESA DOMINANTE

1. Diferentes justificaciones objetivas de la empresa dominante
2. La justificación por razones comerciales
3. La justificación por falta de capacidad en la instalación o recurso
4. La justificación por razones de precios

V. CATEGORIZACIÓN DE LA EFD

1. Doctrina americana
2. Doctrina europea
 - 2.1. Clasificaciones basadas en los efectos en el mercado y en la intención de la empresa dominante
 - 2.2. Informe del EAGCP: un informe económico
 - 2.3. Clasificación del art. 102 TFUE

2.4. Clasificación en el marco de la Comunicación *“Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”*

2.5. Estudio de la OCDE sobre la denegación de suministro/acceso

3. Consecuencias de las distintas clasificaciones

VI. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES AL MERCADO FERROVIARIO DE LA UE

1. Conflicto de intereses en las empresas integradas verticalmente

2. Medidas estatales restrictivas de la competencia

3. Factores a considerar en la separación vertical de los monopolios ferroviarios

4. Supervisión reglamentaria: refuerzo de la independencia del Regulador Ferroviario

4.1. El impulso del organismo regulador ferroviario

4.2. El Comité de Regulación Ferroviario Español

4.3. Distinción entre el marco regulatorio y el ámbito del Derecho de la Competencia

5. La falta de incentivación de la empresa dominante puede afectar a la inversión y a la calidad.

5.1. La importancia de la calidad y la seguridad de la infraestructura ferroviaria

5.2. Los contratos plurianuales para la gestión de la infraestructura ferroviaria

VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

I. INTRODUCCION

Enlazando con el capítulo anterior, partimos en el presente capítulo con un principio general clave en relación con la doctrina de los recursos esenciales: Una empresa dominante tiene un deber de suministro si la negativa (de suministro/acceso) causa un efecto significativo perjudicial en la competencia de un mercado.

En el momento en que se importa esta doctrina de los recursos esenciales a principios de los 90, el mercado comunitario no era uniforme, y aunque muchas barreras se estaban suprimiendo, no era aun un mercado económicamente integrado, incluso existían situaciones monopolísticas, especialmente en sectores como el del transporte en que los mercados eran regionales¹⁰⁹⁴. La DRE/EFD¹⁰⁹⁵ ha sido útil en la apertura de mercados a la competencia y con ello en el proceso de su liberalización, por lo que ha contribuido a la integración del mercado común¹⁰⁹⁶. Por esta razón, TEMPLE LANG, J. dice que el concepto de recursos esenciales, en un principio, fue mas una etiqueta útil para ciertos casos más que una herramienta analítica. Surge entonces la cuestión de cuál es el papel de esta doctrina una vez liberalizado un determinado sector. Así, es lógico pensar que su papel dentro del Derecho de la competencia sea vigilar, especialmente en los nuevos mercados comunitarios, que una vez liberalizados sus sectores económicos, la competencia no sea impedida o restringida.

Debido a la nueva reglamentación comunitaria que surge en estos sectores, la antigua regulación nacional esta desapareciendo sin que quepa sustituirse por una nueva regulación por encima o en contradicción con las disposiciones comunitarias, sino todo lo contrario, debe ser conforme a la normativa comunitaria, por lo que el Derecho de la Competencia comunitario tiene también la función de supervisar este proceso.

¹⁰⁹⁴ La creación y mantenimiento de un mercado integrado en la Unión sigue siendo un objetivo perfectamente vigente hoy en día. Así, WEATHERILL, S.: “Cases & Materials on EU Law”, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pág. 490, dice que “el establecimiento de las reglas de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior es una competencia exclusiva de la UE de acuerdo con el art. 3 TFEU, y los arts. 101 y 102 se ocupan de la integración del mercado así como de la represión de las conductas anti-competitivas. De hecho, los arts. 101 y 102... los cuales tienen como objetivo eliminar las barreras estatales al comercio y de convertir un mercado fragmentado en un mercado integrado.”

¹⁰⁹⁵ Como hemos venido haciendo a lo largo de este trabajo, acortamos el termino *Doctrina de los Recursos Esenciales* a sus siglas iniciales 'DRE'. A veces también lo nombro en ingles *Essential Facilities Doctrine*, con las siglas iniciales 'EFD'.

¹⁰⁹⁶ Evrard, S.J., “Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond”. *Columbia Journal of European Law*, (2004), vol. 10, p. 502.

En opinión de DOHERTY, B. el estado legal de la doctrina esta lejos de ser claro. Podemos destacar dos argumentos contradictorios: el argumento a favor, ya que esta doctrina explica muchos enjuiciamientos y decisiones, en contra del argumento de que estos enjuiciamientos y decisiones pueden explicarse sin referencia alguna a la DRE/EFD porque se llega a la misma conclusión usando el análisis tradicional del art. 102 TFUE. Aun aplicándose esta doctrina, es todavía necesario demostrar una infracción del Derecho de la Competencia, generalmente del art. 102 TFUE. Como resultado, cada caso –llamémoslo de ‘negativa de suministro’, ya que así lo refiere el TFUE- debe enmarcarse bajo la legislación de Competencia y ser capaz de sostenerse sin tener que invocar esta doctrina como una fuente separada de deberes y obligaciones. Esto es importante destacarlo porque uno de los argumentos a favor de la doctrina (como figura autónoma) es que invierte la carga de la prueba al crear una presunción de que el propietario tiene un deber de suministro/acceso, o de lo contrario, aducir una razón justificada adecuada para negar tal acceso/suministro.

Por tanto, la cuestión fundamental a resolver en este capítulo es determinar si la DRE/EFD podría tener la entidad suficiente como figura del Derecho de la Competencia, si bien dentro de la categoría de la denegación de suministro, y para ello, ver si a través de los casos en que se ha aplicado y que hemos visto en el capítulo anterior y de la elaboración doctrinal podemos establecer una definición, clasificación, método de aplicación y categorización, que, en definitiva, identifiquen a esta figura como distinta de otras figuras y que, ante casos de recursos esenciales, podamos aplicar con una metodología propia.

II. PROFUNDIZACIÓN EN LA DEFINICIÓN

1. Afectación a la competencia

Al hilo del principio general mencionado al principio del epígrafe anterior¹⁰⁹⁷, surge irremediablemente la cuestión siguiente: ¿Cuándo surge este deber de suministro/acceso¹⁰⁹⁸? O mejor dicho, ¿de que modo debe quedar afectada la competencia para que la denegación de suministro/acceso constituya un abuso? Dos

¹⁰⁹⁷ *Una empresa dominante tiene un deber de suministro si la negativa (de suministro/acceso) causa un efecto significativo perjudicial en la competencia de un mercado.*

¹⁰⁹⁸ Esta obligación de acceso no priva a la empresa de los beneficios de su negocio, ya que puede cobrar un precio razonable por el uso del recurso, con tal de que el total del coste neto de sus propias operaciones no sea menor que el precio que cobra a sus competidores.

son los supuestos, que también recoge la Comisión en su Comunicación de 9 de febrero de 2009 *“Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”*¹⁰⁹⁹:

- por la creación o existencia de una barrera insuperable a la entrada en un mercado para los competidores potenciales de la empresa dominante. Es decir, se trata de la entrada de nuevos competidores a un mercado.
- cuando sin el acceso o suministro del producto o servicio, los competidores de la empresa dominante estarán sujetos a una incapacidad competitiva seria, permanente e inevitable, que provoca que sus actividades no sean económicamente comerciales. En este supuesto, la empresa dominante cierra el acceso o suspende el suministro a los competidores ya existentes en el mercado.

Los requisitos de aplicación de la DRE/EFD basados en criterios objetivos

El examen de si existe un deber de suministro/acceso debe estar basado en criterios objetivos al considerar la competencia de un mercado en general. La razón se encuentra en que el Derecho de la Competencia debe proteger la competencia (como proceso competitivo), no a los competidores. Por tanto, se compelerá al acceso/suministro si los competidores, en general, necesitan dicho acceso o suministro para competir. Si se trata de un solo competidor en particular el que necesita el acceso, la cuestión es irrelevante si otros competidores mejor situados en el mercado no necesiten dicho acceso/suministro. Tal valoración debe realizarse en el momento de la negativa, no puede depender de lo que suceda mas tarde. El acceso deberá proporcionarse si la negativa hace imposible que los competidores normales o de similares características a la empresa monopolista puedan entrar al mercado¹¹⁰⁰. Sin embargo, no se requiere que la empresa dominante sea consciente de la gravedad que su negativa implica o del enorme esfuerzo que los competidores deben superar.

¹⁰⁹⁹ El apartado 84 de esta comunicación dice: *“...se aplican tanto a los casos de interrupción del suministro anterior, como a las denegaciones de suministrar un bien o un servicio que la empresa dominante no suministraba antes a otras empresas (denegaciones de suministro de novo)”*. Diario Oficial de la Unión Europea de 24.2.2009, (2009/C 45/02).

¹¹⁰⁰ Recordemos que el test objetivo es un factor que añade el asunto *Bronner* visto en el cap. anterior al requisito de la indispensabilidad del recurso o instalación. Véase el epígrafe III- 2.2.4.

Ahora bien, una vez establecida una obligación de acceso para la empresa dominante, dicho acceso no debe darse bajo condiciones discriminatorias¹¹⁰¹. Por otro lado, para que una práctica discriminatoria sea ilegal, debe ser lo suficientemente seria para crear una desventaja competitiva. Las pequeñas diferencias en el trato sin un significado económico apreciable no están prohibidas. En la realidad, las prácticas normales de la industria constituyen el baremo comparativo que nos dirá si, lo que de otro modo sería una mera desventaja competitiva, se convierte en una seria, e incluso insuperable, barrera a la entrada. Por ejemplo, los “boicots” de grupo al acceso a una determinada instalación a un competidor en concreto.

En definitiva, no existe un deber de proporcionar acceso/suministro si las actividades del competidor se encuentran en una desventaja seria, pero no por razón de que la empresa dominante posea o controle el recurso.

2. Supuestos de aplicación de la DRE/EFD

Desarrollando más esta perspectiva se pueden distinguir, de forma eminentemente analítica, cinco situaciones¹¹⁰²:

- **Negativa de acceso/suministro a no competidores** □ En este supuesto no tiene por qué surgir un conflicto de interés entre el propietario o gestor del recurso esencial y sus clientes o suministradores porque no son competidores. Sin embargo, en ciertas circunstancias, la empresa dominante puede ser reacia a suministrar a sus clientes. Se trataría, ante todo, de un caso de discriminación porque la empresa dominante seguirá proveyendo el acceso o servicio a otros clientes, a no ser que fuera el único cliente, como en el asunto *Commercial Solvents*. Se aplicaría el art. 102, c), aunque no está claro que debe entenderse por ‘*ocasionen a estos una desventaja competitiva*’. Aunque en la letra del art. 102 no consta la obligación de ofrecer una justificación razonable a la negativa, es reconocido generalmente que el art. 102 no se aplica como una regla *per se*, (sino en términos razonables basados en la justificación objetiva de la empresa dominante para

¹¹⁰¹ La exclusión selectiva crea una incapacidad para aquellos excluidos en comparación con una categoría reconocida de competidores, que valoraremos basándonos en las prácticas comunes o normales de la industria. En otras palabras, si la práctica normal en la industria es proporcionar acceso/suministro, una empresa dominante no puede negar al acceso/trato a un determinado competidor porque, si lo hiciera, estaría al mismo tiempo en cierto modo ayudando a otros competidores (a los que da acceso) a superar sus desventajas.

¹¹⁰² Siguiendo a HOU, L.: “Refusal to deal within EU Competition Law”, 2009.

tal comportamiento)¹¹⁰³. Por lo tanto, se deben analizar qué tipo de justificaciones serian admisibles para la negativa¹¹⁰⁴.

El asunto *United Brands* (1978), ya visto en el capítulo anterior, en el parr. 182 dice “una empresa dominante... no puede dejar de suministrar a un cliente antiguo que mantiene practicas comerciales regulares...” La empresa dominante UBC se justificó en la protección de sus intereses comerciales, pero en este caso se entendió que su propósito real era reforzar su dominación, y por ello, abusar de ella, y que la respuesta debía ser proporcionada a la amenaza tomando en cuenta la fuerza económica de ambas empresas. De este modo, la protección de los intereses comerciales propios puede ser una justificación siempre que sean proporcionados a la amenaza a sus intereses comerciales.

Por tanto, bajo el Derecho antitrust comunitario una empresa dominante tiene el deber de suministrar a sus clientes existentes cuando la negativa implicase un daño sustancial al cliente, sin requerirse que con esta negativa se elimine toda la competencia para los clientes (que aun pueden obtener el producto o servicio de otro competidor de la empresa dominante). Téngase en cuenta que el daño se produce a un cliente, no a un competidor, que estamos ante diferentes estadios de la cadena de producción o comercialización. Esta clarificación es importante puesto que indica que bajo el Derecho de la competencia comunitario se pueden dar situaciones de posición de dominio relativa. Así, esta puntualización enlaza con la teoría del contratante obligatorio o de la posición de dominio relativa, que vimos en el capítulo III (epígrafe IV- 4).

• **Negativa de acceso/suministro a competidores** □ Cuando un cliente es al mismo tiempo un competidor en otro mercado. También como el caso anterior puede entenderse como un caso de discriminación, puesto que la empresa dominante puede seguir suministrando a otros clientes que no son competidores. Esta segunda perspectiva no se centra en si se trata de un nuevo competidor o uno ya existente, se centra en la

¹¹⁰³ Por ejemplo teniendo en cuenta el principio comunitario de proporcionalidad al valorar los efectos en la competencia. Un deber de suministro o acceso será impuesto si no implica inconvenientes desproporcionados al resultado que se pretende lograr.

¹¹⁰⁴ Véase al respecto el punto D. “Necesidad objetiva y eficiencia” (aptdos. 28 a 31) de Comunicación de febrero de 2009 “*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*” (DO C 24/02/09, pp. 7 a 20). De este modo el apartado 29 dice que “*la cuestión de si la conducta es objetivamente necesaria y proporcional debe dilucidarse basándose en factores ajenos a la empresa dominante*”. Volveremos sobre este punto de la ‘justificación objetiva’ mas adelante en este capítulo, epígrafe IV.

discriminación que se produce al competidor, precisamente por ser un competidor de la empresa dominante. En el asunto *Aspen Skiing* de la Jurisprudencia USA analizado en el capítulo anterior las dos empresas propietarias eran únicamente competidoras, su relación no era vertical (no eran proveedor ni cliente la una de la otra) sino horizontal, actuando en el mismo mercado de instalaciones y servicios de esquí.

• ***Interrupción de acceso/suministro a todo cliente y/o competidor en casos de Integración vertical*** □ Una empresa dominante retira todo su suministro externo en un mercado para reservarse un mercado derivado para si misma. No implica discriminación porque se interrumpe el acceso o suministro para todo el mundo. Se justifica en las ganancias en eficiencia que conlleva la integración vertical.

En *Commercial Solvents* (1973), también visto en el capítulo anterior, en el parr. 25 se dice que es probable que la negativa elimine toda la competencia por parte de la empresa que pide el acceso.

En el asunto *Telemarketing* (1984), que vimos en el capítulo anterior, se exigió la existencia de dos mercados para aplicar el test de la indispensabilidad, entendiendo como precedente que el asunto *Commercial Solvents* ya implicaba la existencia de dos mercados. Un mercado para el producto o servicio requerido, y otro derivado, para el negocio o actividad de la empresa a la que se deniega el citado producto o servicio. Es decir, este producto o servicio es input o insumo indispensable para las actividades de un competidor en otro mercado. La empresa debe ser dominante en el mercado primario y la negativa debe eliminar toda la competencia proveniente del competidor que pide el acceso. Aunque ha de tenerse en cuenta que es difícil diferenciar en la práctica el test de la esencialidad o indispensabilidad del test de la eliminación de toda la competencia en el mercado.

• ***Negativa de acceso/suministro de un producto o servicio que nunca antes había estado disponible en el mercado (doctrina de los recursos esenciales aplicada en la liberalización de las industrias sectoriales)*** □ La empresa dominante se reserva el mercado derivado para si misma porque el producto o servicio nunca ha sido suministrado externamente, y por tanto, no existe un mercado para tal producto o

servicio¹¹⁰⁵. Por esta razón, el deber de suministro implica la creación de un mercado nuevo intermedio (o vertical).

La imposición del deber de suministro afecta no solo a la estructura de mercado actual, sino también las estrategias comerciales de la empresa dominante o a la que se pide acceso. En este deber de suministro puede crearse un riesgo de usar una medida regulatoria de crear un mercado intermedio¹¹⁰⁶ que puede no tener una demanda genuina. No hay un mercado separado porque no hay demanda del consumidor de ese producto, quizá porque la empresa siempre se ha reservado este mercado para si misma. Por otra parte, un mercado separado para el producto/servicio solicitado lleva a una definición de mercado muy limitada en la que es fácil encontrar entonces una posición dominante¹¹⁰⁷.

El caso por antonomasia es *Bronner*, en el que se dejó abierta la cuestión de cómo un servicio o producto intermedio que nunca ha sido suministrado externamente puede constituir un mercado separado del mercado de producto terminado/final. Esta cuestión está relacionada con los principios generales utilizados para la definición del mercado de producto relevante, pero con la incertidumbre de su aplicación a un producto o servicio no existente, y de ahí que algunas veces el TJCE haya recurrido a definiciones artificiales de mercado, como en el asunto *IMS Health* (analizado en el cap. anterior).

En el asunto *GVG c/ FS*, la separación del servicio requerido en un nuevo mercado estaba de algún modo influenciada por la política de liberalización del sector. Además, existía una demanda de GVG para poder ofrecer un nuevo servicio de pasajeros internacional en esa ruta particular.

• **Negativa de licencia en casos de derechos de propiedad intelectual** □ La mera obtención de un derecho de propiedad intelectual o la negativa de licencia de dicho derecho de propiedad intelectual es perfectamente legítima y no constituye un abuso, a no ser que implique una conducta abusiva. Los casos que hemos visto que implicaban derechos de propiedad intelectual son: *Volvo*, *Magill*, *Ladbroke* y *Microsoft*.

¹¹⁰⁵ Un ejemplo claro es la apertura de los servicios auxiliares o relacionados con el ferrocarril, i.e. las instalaciones de servicios.

¹¹⁰⁶ Con la intención de corregir así un fallo del mercado, en vez de castigar un abuso a posteriori cuando se infringe el Derecho de la competencia bajo el art. 102 b).

¹¹⁰⁷ En contraste se dan los casos de discriminación o suspensión de suministro, en los que existe una demanda previa y por lo tanto, un mercado separado a priori.

En definitiva, en los casos de DRE/EFD, como *Bronner*, de lo que en definitiva se trata es de abrir un mercado por primera vez, mercado que hasta ese momento ostenta la empresa dominante para ella sola¹¹⁰⁸. Ahora bien, en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, recordemos que uno de los requisitos establecidos en el asunto *Magill* para considerar la concesión de una licencia como recurso esencial es que sin la misma se hacía imposible la emergencia de un nuevo producto (guías globales de TV), para las que existía una demanda en el mercado. Requisito confirmado también posteriormente en el asunto IMS: la negativa de conceder una licencia a los competidores solo es abusiva cuando tales competidores desean introducir en el mercado ‘nuevos productos o servicios no comercializados por el propietario del copyright para los que hay una demanda potencial del consumidor’ (parr. 52). Al fin y al cabo, tanto para los casos puramente de DRE/EFD como de derechos de propiedad intelectual, se plantea lo mismo, la petición por un competidor para que la empresa dominante comercialice un nuevo producto o servicio (o uno existente pero que no se ha comercializado hasta ahora) para el que existe una demanda potencial, y por tanto, existe otro mercado (potencial). Esta lógica, nos lleva a plantearnos una cuestión fundamental: ¿debe haber una distinción clara entre el mercado del recurso, en el que el propietario del mismo es dominante, por una parte, y el mercado auxiliar (ya sea este el primario o el derivado) en el que el competidor competirá usando el recurso, por otra?. En definitiva, ¿son necesarios dos mercados?

III. ¿SON NECESARIOS DOS MERCADOS?

Esta cuestión y sus consecuencias son clave para la misma formulación de la doctrina, para su aplicación y para su misma existencia como doctrina autónoma. Es quizás, precisamente por ello, una cuestión sobre la que los Tribunales han evitado pronunciarse directamente.

1. Planteamiento de la cuestión

¹¹⁰⁸ El competidor quiere que se comercialice un determinado producto o servicio no comercializado por la empresa dominante hasta ahora y para el que puede existir o no una demanda. Si existe tal demanda, entonces podrá considerarse que existe otro mercado (potencial), si no, es que no existe tal mercado y por tanto, en principio, se podría deducir que el recurso no es esencial.

La necesidad de la existencia de los dos mercados surge por el hecho de que para aplicar el art. 102 TFUE la empresa tiene que tener una posición de dominio, y la misma siempre va referida a un mercado (se es dominante en un mercado). Claramente, y como hemos visto en el cap. III, la definición del mercado relevante es el primer elemento en la formulación de un abuso. No se puede invocar la aplicación del art. 102 sin demostrar la existencia de una posición de dominio¹¹⁰⁹. Sin embargo, como hemos visto, tanto en *Bronner*¹¹¹⁰ como en *Sealink*¹¹¹¹, para la aplicación de la DRE/EFD la posición dominante va referida a 'la concesión de un recurso esencial' y no de un mercado.

De acuerdo con el método tradicional en la aplicación de la DRE/EFD como negativa de suministro bajo el art. 102 TFUE¹¹¹², se traza una distinción fundamental entre, por un lado, el mercado del recurso en si mismo y, por otro, un mercado derivado para el que el acceso al recurso (como input) es esencial; en el mercado anterior el propietario del recurso es, por definición, dominante, mientras que se ve en la obligación de permitir el acceso o entrada a dicho recurso a los competidores del mercado derivado. No está claro si el propietario del recurso debe ser también dominante, o siquiera estar presente, en el mercado secundario o derivado¹¹¹³.

En la cadena de producción o comercialización, el recurso esencial puede situarse, en relación con el mercado secundario, *upstream*, *downstream* o paralelamente¹¹¹⁴.

MERCADO ANTERIOR donde se sitúa el recurso
esencial
El propietario del recurso esencial ostenta una

¹¹⁰⁹ De ahí también, la exigibilidad de una responsabilidad especial o cualificada a la empresa dominante, a la que se refiere expresamente la Comisión en su Comunicación de 9 de febrero de 2009 “*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*” en sus apartados 1 y 9, (DO C 45 de 24 de febrero de 2009, pp. 7 a 20).

¹¹¹⁰ Véase el párr. 34 de las Conclusiones del AG Jacobs en este asunto.

¹¹¹¹ El párr. 66 de esta Decisión de la Comisión B&I Line plc c/ Sealink Harbours Ltd. y Sealink Stena Ltd. de 11 Junio, 1992 dice concretamente: “*Una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas...*”

¹¹¹² Véase al respecto la Comunicación de la Comisión de febrero de 2009 “*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*”, especialmente apartados 2 y 9 (DO C 45 de 24 de febrero de 2009, pp. 7 a 20).

¹¹¹³ En la Decisión respecto al puerto de *Roscoff*, vista en el capítulo anterior, la Cámara de Comercio local no estaba presente en el mercado derivado para el que se pidió acceso al puerto, pues se trataba de implementar una ruta completamente nueva.

¹¹¹⁴ Es decir en el estadio de una cadena de producción o comercialización anterior, posterior o paralelo.

POSICION DOMINANTE



MERCADO DERIVADO donde se sitúan los competidores, para los que el que el recurso es esencial.

Consecuentemente, siguiendo el método tradicional en la aplicación del art. 102, lo primero es definir un mercado relevante, que se define, como sabemos, encontrando sustitutos al producto o servicio (que le hagan la competencia), hasta que se agoten y por tanto, quede así el mercado definido, integrado por todos los productos o servicios que sean intercambiables entre si según la apreciación del consumidor¹¹¹⁵. El segundo paso es encontrar una posición dominante en dicho mercado. En este punto entraría en juego la DRE/EFD, si estamos ante un recurso esencial, y según el método tradicional en la aplicación de la DRE/EFD, la empresa que tiene o controla el recurso esencial ostenta una posición dominante en el mercado en el que el mismo recurso esencial se sitúa. Lo que no está claro es si mercado y recurso esencial deben coincidir, puesto que la posición dominante siempre ha de ir referida a un mercado (no a un recurso esencial)¹¹¹⁶. El tercer paso es determinar si por la negativa de acceso al recurso esencial se comete un abuso.

Por otra parte, el abuso ha de consistir en impedir o restringir notablemente la estructura competitiva de un mercado. Pero, ¿si la posición de dominio se establece en el mercado en que el recurso esencial se sitúa, por qué es en el mercado derivado donde se debe impedir o restringir la competencia? Y aquí es donde empiezan los problemas: ¿Dónde (en qué mercado) y cómo han de valorarse los impedimentos de competencia que surgen cuando se deniega el acceso a un recurso esencial?

En el análisis tradicional, se diferencian dos situaciones:

- si se discrimina en el acceso al recurso o se interrumpe el acceso (ya existente) se valoran los efectos en un mercado en el que ya existen esos competidores (y obviamente, existe una demanda) y para los que el acceso al recurso es esencial;
- la otra situación se da cuando el acceso no se ha proporcionado nunca antes (a menudo porque la empresa estaba integrada verticalmente en los casos de

¹¹¹⁵ Visto en el capítulo III, epígrafe IV- 3.

¹¹¹⁶ Este es otro argumento a favor de la autonomía de la DRE/EFD, ya que el método tradicional de análisis de la posición de dominio no nos sirve en el caso de que mercado y recurso esencial no coincidan. Tampoco deja claro la Jurisprudencia que deban coincidir o no.

liberalización de mercados), entonces ¿por qué razón se debe dar ahora acceso? ¿Qué apoyo jurídico respalda que se compela a una empresa a que comparta con su competidor un recurso propio que no ha ofrecido antes a nadie? Es entonces, cuando se recurre a la creación de un mercado artificial (basándolo en una demanda potencial), o al surgimiento de un nuevo producto en los casos de derechos de propiedad intelectual, mercado *hipotético*¹¹¹⁷ donde ambas empresas competidoras competirían y donde la negativa de suministro/acceso (por ser el acceso esencial para satisfacer esa demanda potencial) tiene sus efectos negativos impidiendo la creación de cualquier competencia.

Pero esta visión tradicional es cuestionable, tiene carencias y contradicciones, y los mismos Tribunales no se atreven a establecerla como una regla de general aplicabilidad (e incluso diferencian su aplicabilidad en los casos de derechos de propiedad intelectual con el requisito adicional del impedimento del desarrollo de un nuevo producto). También queda sin resolver si son tipologías distintas los casos de discriminación a competidores existentes de los casos de acceso a un nuevo mercado¹¹¹⁸, y con ello, en este último caso, si el propietario del recurso debe estar presente en un mercado que todavía no existe, e incluso si debe ser dominante en él también.

¹¹¹⁷ Así en el asunto *IMS Health* y también en *GVG c/ FS*, como hemos visto en el cap. anterior.

¹¹¹⁸ PADILLA, J. y AHLBORN, C.: “From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law” en *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007, dicen que la Comisión ha tratado las negativas de suministro a un cliente existente más severamente que la negativa de suministro a una empresa con la que el suministrador no tiene ninguna relación. Tal aseveración se refleja en el Discussion Paper de la DG de Competencia, en el que la terminación de una relación existente de suministro por parte de una empresa dominante se presume abusiva cuando tiene un efecto negativo en la competencia (con la única excepción que se ofrezca una justificación objetiva), mientras que la negativa de suministro cuando no existe una relación anterior está sujeta al riguroso test establecido en el Asunto *Bronner* (o *IMS Health*), que requiere que el producto o servicio al que se demanda acceso sea “indispensable” para competir. También en el apartado 84 de su Comunicación de febrero de 2009 “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (DO C 45 de 24 de febrero de 2009, pp. 7 a 20). La Comisión trata de justificar este trato diferente argumentando que la existencia de una anterior relación permite la presunción de que tal relación es eficiente, y además resalta que el cliente de la empresa dominante puede haber hecho inversiones por razón de esa relación comercial. Ahora bien, la terminación de una relación existente no justifica una presunción (refutable) de comportamiento anticompetitivo. En relación con la inversión financiera llevada a cabo por el cliente basadas en la relación existente, tales inversiones deben ser específicas a consecuencia de esa relación para que el cliente se considere atrapado en dicha relación. Sin embargo, también se apunta que no está claro por qué el cliente en tales circunstancias no habría podido obtener protección contractual y por qué la política de competencia debería ofrecer dicha protección que el cliente por sí mismo podía haberse procurado, por ejemplo, a través de medios contractuales precisamente.

Así sintetizando la problemática expuesta en este subepigrafe, la doctrina discute principalmente los siguientes puntos en relación a la aplicación de la DRE/EFD:

- ☐ ¿Como definir el mercado relevante en relación al recurso esencial?
- ☐ ¿Han de coincidir mercado relevante y recurso esencial?
- ☐ Si no es así, ¿se da la posición de dominio respecto al mercado relevante o respecto al recurso esencial?
- ☐ ¿Son siempre necesarios dos mercados?
- ☐ ¿Debe estar la empresa dominante presente en el mercado derivado?
- ☐ ¿Deber ser también dominante en el mercado derivado?

Vamos a ver como trata la doctrina de resolver estas cuestiones buscando respuestas en la Jurisprudencia analizada en el capítulo anterior.

2. Definición del mercado relevante en relación al recurso esencial

Puede partirse de dos perspectivas distintas, aunque relacionadas, que confluirán en una tercera perspectiva:

2.1. Consecuencias de una definición del mercado muy limitada

La primera perspectiva se basa en una definición de mercado muy restringida, que limita la extensión del mercado¹¹¹⁹, lo que lleva necesariamente a identificar un recurso como esencial, -e incluso a establecer artificialmente otros mercados que se hacen coincidir con el recurso esencial-.

RIDYARD, D.¹¹²⁰ comenta respecto a la Decisión relativa a 'Sea Containers' que la Comisión definió el mercado relevante como el "pasillo central" de viajes por ferry entre Reino Unido e Irlanda, dentro del cual Holyhead era el único puerto británico disponible. Indica que se realizó una definición de mercado muy limitada o estrecha, la cual no estaba justificada. Apunta la posibilidad de que Sea Containers pudiera haber encontrado un puerto alternativo para operar en el pasillo central y cuestiona si existían

¹¹¹⁹ De este modo, WEATHERILL, S.: *Cases & Materials on EU Law*, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pág. 523, dice respecto a la definición de mercado relevante que es "la amplitud del mercado lo que ha de ser definido con exactitud antes de que se pueda lógicamente acusar a una empresa de dominación en un mercado... A la cuestión de si una empresa mantiene una posición dominante, la respuesta es simplemente que depende" (de la amplitud del mercado).

¹¹²⁰ RIDYARD, D.: "Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC competition law", *NERA Paper* Septiembre 1994, págs. 7-8. También en *ECLR*, nº 8, 1996, pp. 443.

suficientes diferencias entre los pasillos central, del Norte y del Sur para justificar la definición de mercados separados para cada uno. Desde su punto de vista, la definición del mercado tan limitada fue lo que llevó a mantener que Holyhead era un recurso esencial. Este argumento subraya la importancia de la definición de mercado al valorar la naturaleza esencial de un recurso.

Así también se confirma en el Asunto *Bronner* cuando el Abogado General en sus Conclusiones dice: «*Por consiguiente, el resultado -la determinación de la posición dominante- puede variar en función de la determinación del mercado de que se trata por el órgano jurisdiccional nacional*» (parr. 32).

La consecuencia es que cuanto más limitado se defina un mercado más se aproximará éste a constituirse como un recurso esencial, y consecuentemente la posición dominante será más fácil de establecer. Lo cierto es que cuanto más poder de mercado tenga una empresa más esencial será el recurso para cualquier competidor¹¹²¹, (el extremo mas exacerbado serian los casos de monopolio natural); en algunos será una cuestión de grado, de cuánta dominación o poder de dominio se necesita para que entonces el recurso sea esencial¹¹²².

Pero a su vez se plantean otras cuestiones, ¿deben coincidir mercado relevante y recurso esencial para establecer la posición dominante? O ¿debe definirse el mercado relevante tan limitadamente de modo que el mismo venga a coincidir con el recurso esencial?

También hemos visto que algunos autores confinan la aplicación de la DRE/EFD a los recursos que son un monopolio natural¹¹²³, -y en el mismo sentido, a los recursos cuya

¹¹²¹ Aunque no sea así en todos los supuestos pues existen más factores a considerar para valorar la dominación, vease al respecto el cap. III, epígrafe IV- 3.2.

¹¹²² Así Blumenthal, refiriéndose al caso MCI (en la jurisprudencia americana) dice que el tribunal no llega a indicar el 'quantum' de poder de monopolio necesario para hacer que el recurso sea esencial y el 'quantum' de efecto en el competidor para que sea castigada la negativa de acceso. En Kezsbom A. y Goldman A.V., "No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the 'Essential Facilities' Doctrine," 1996 (vol. 1) *Columbia Business Law Review* 145, pag. 18.

¹¹²³ Como hemos visto en el cap. III, un monopolio natural es aquel en el que las economías de escala se extienden a lo largo de toda la gama de producción necesaria para satisfacer la demanda de un mercado. En tal mercado un único suministrador es la solución más eficiente. Es decir, a lo largo de toda la gama de producción, siempre puede conseguirse un nivel mas bajo de costes si únicamente una empresa realiza la producción, comparado con una situación en la que la producción se divide entre dos o más empresas. Doherty, B. dice que en US también ha habido algunos autores que son de la opinión que la EFD debe ser limitada a los casos de monopolios naturales, así Werden en "The Law and Economics of the essential facilities doctrine", 32 *St Louis*

duplicación esta prohibida por la ley o no es posible físicamente, y quizá aquellos que reciben subsidios públicos y por lo tanto, no se han constituido con financiación privada. Generalmente serían las infraestructuras fijas o redes, ya sean físicas, como un puerto, o intangibles, como una red de distribución.¹¹²⁴ En las situaciones de monopolio natural, el recurso esencial y el mercado relevante coinciden.

Aunque el caso *Bronner* hace la aplicación de la DRE/EFD más restrictiva al consolidar el criterio objetivo en el sentido de que sea “económicamente inviable para cualquier competidor duplicar el recurso o instalación”¹¹²⁵ (en contraste con la jurisprudencia anterior a *Bronner* en la que era suficiente que fuera imposible solo para la empresa buscando el acceso en cuestión), no hay nada en esta sentencia que lleve a justificar la aplicación de la DRE/EFD únicamente a situaciones de monopolio natural.

Por el contrario, si así fuera, podría entenderse que es un requisito para la aplicación de la DRE/EFD, el que el mercado sea tal que solo la existencia de una única empresa sea económicamente viable en el mismo y, de ahí, que fuera imposible para dos empresas operar simultáneamente en un mismo mercado, a no ser que una de ellas opere improductivamente.

Similarmente, esta perspectiva se entiende mejor en el caso de derechos de la propiedad intelectual (DPI). Si la definición del mercado se circunscribe a la licencia o derecho de autor, claramente el titular detenta un monopolio en dicho mercado. -Lo mismo sucedería si circunscribiéramos el mercado al recurso esencial, el propietario ostentaría un monopolio en tal mercado-. De este modo, se tiende erróneamente a entender los DPI

University Law Journal (1987), pp. 433-476. Por su parte, BERGMAN dice que *Bronner* se desvía de los casos anteriores, como las decisiones *Sabena* o *Aer Lingus*, y que “la sentencia *Bronner* tendría como consecuencia que la DRE/EFD se aplicara solo a casos de monopolio natural, en los que solo la existencia de una empresa en el mercado puede ser rentable”. Véase también ALTZELAI ULIONDO, I.: “Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 9, 2011, pp. 61 y 62.

¹¹²⁴ Contrario a reducir la EFD/DRE únicamente a casos de monopolio natural es HATZOPOULOS, V. en “The EU essential facilities doctrine”, *RESEARCH PAPERS IN LAW*, 6/2006, pág. 15, que nombra una serie de casos (*Magill*, *Ladbroke*, *Bronner*, *IMS Health*, *Microsoft*, vistos en el capítulo anterior) para decir que, esenciales o no, se analizaron como instalaciones o recursos ‘esenciales’, respectivamente, guías semanales de TV, transmisión televisada de carreras hípcas, una red de distribución privada de periódicos, la estructura lógica de una base de datos y un sistema operacional de ordenador personal.

¹¹²⁵ Lo que llevado a sus últimas consecuencias implicaría que aunque el competidor duplicase la instalación tendría que llegar a alcanzar la misma cuota de mercado que la empresa dominante, lo que significaría redoblar la capacidad del mercado, (lo que no se corresponde con la realidad).

como derechos monopolísticos. El hecho de que un DPI es un derecho exclusivo y particular, no significa, sin embargo, que el propietario posea una posición de mercado dominante. Por tanto, debe presumirse que, en general, los DPI no son recursos esenciales, aunque pueden constituir un recurso esencial cuando por su causa existe un impedimento serio a la competencia.

Ahora bien, hemos visto en el cap. III que a la hora de definir un mercado se ha de tener en cuenta la sustituibilidad de la demanda y, en menor grado, la sustituibilidad en el lado de la oferta y la competencia potencial. Esta última, la competencia potencial, ha de tenerse en cuenta en los casos de recursos esenciales precisamente porque si un recurso es esencial la entrada o acceso al mismo será el objetivo de cualquier competidor, que por buscar dicho acceso aun no es un competidor real sino potencial¹¹²⁶. Es obvio, ha de valorarse la demanda potencial en los casos de recursos esenciales¹¹²⁷. Y además, porque la competencia potencial será la única que ejerza una presión competitiva o controle a la empresa dominante como competencia residual, especialmente ante recursos verdaderamente esenciales. El problema es que la Comisión prefiere tratar el tema de la competencia potencial no como factor a tener en cuenta en la definición del mercado relevante¹¹²⁸, sino como un factor a tener en cuenta, después, al valorarse el poder de mercado de la empresa dominante¹¹²⁹.

La razón se encuentra en que las condiciones bajo las cuales la competencia potencial implicará una presión competitiva efectiva dependen del análisis de las circunstancias y factores de entrada al mercado. Y este análisis solo se realiza en un estadio posterior, en general, una vez determinada la posición de las empresas en el mercado relevante y cuando tal posición pueda preocupar desde un punto de vista competitivo.

¹¹²⁶ Una definición de competidor potencial la ofrece la Comunicación de la Comisión “Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 TCE a los acuerdos de cooperación horizontales” (DO C 3 de 6 de enero de 2001) párr. 9, “se entiende que una empresa es un competidor potencial si hay evidencia de que es probable que la misma llevase a cabo las inversiones adicionales necesarias u otros costes de adaptación de modo que pueda acceder al mercado relevante en respuesta a un pequeño pero permanente aumento en los precios relativos”.

¹¹²⁷ Especialmente en los casos que surge un nuevo mercado, i.e. por motivo de la liberalización de industrias en la Unión o en la separación de empresas integradas verticalmente, o incluso cuando artificialmente se ha recurrido a la creación de un nuevo mercado, como en los asuntos Magill, IMS o incluso Bronner.

¹¹²⁸ Comunicación de 9 de diciembre de 1997 *sobre la definición del mercado relevante* (97/C 372/03), en su punto 24.

¹¹²⁹ En WEATHERILL, S.: *Cases & Materials on EU Law*, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pag. 533.

Asimismo, una sobre-estimación de las barreras a la entrada a un mercado conduce indebidamente a una definición de mercado más limitada, lo que a su vez lleva a un intervencionismo innecesario en los mercados que se habrían corregido por si solos. Puede suceder que incluso una dominación del 100% del mercado no sea motivo de preocupación siempre que cualquier otra empresa sea perfectamente libre de entrar en dicho mercado en cualquier momento. Es otra razón que lleva a la Comisión a considerar que la competencia potencial haya de valorarse en un estadio posterior al de la definición de mercado.

Se trata, en definitiva, de la aplicación del test de competencia, en el que la llave se encuentra en valorar si el propietario de un recurso esencial está sujeto a una presión competitiva efectiva¹¹³⁰. Si no lo está, la competencia está debilitada. Asimismo, lo que habrá de tenerse en cuenta es si cualquier caso que surja sobre la esencialidad de un recurso encaja en el objetivo general de la legislación de competencia de proteger la competencia efectiva en un mercado. Y es que solo cuando la competencia ha sido seriamente dañada o no puede esperarse que surja, es cuando se impone una obligación de acceso, (razón por la que muchos autores, como hemos visto, confinan la EFD/DRE a casos de monopolio natural). Sin embargo, la identificación de un recurso esencial usando este test de competencia frecuentemente dependerá de la definición que se dé de mercado relevante (más limitada o más amplia, en la que se encajen las presiones competitivas que afronta o no el propietario del recurso). Si el mercado se define muy estrecho, la empresa no afronta presión competitiva y por lo tanto, se compele al acceso para introducir la competencia en el mercado. Y viceversa, si la definición es muy amplia, el propietario del recurso afronta una fuerte presión competitiva, y por ello, no hay necesidad de proteger la competencia del mercado y de obligar a garantizar el acceso.

2.2. Definición del mercado en función del abuso anticompetitivo

Esta segunda perspectiva es la consecuencia lógica del punto anterior. Se basa en que no es necesario el análisis tradicional que engloba la definición del mercado relevante, basta con centrarnos en si un recurso es esencial o no. Una vez que un recurso es considerado

¹¹³⁰ En efecto, sería adelantar el análisis de la competencia en un mercado a un momento anterior, que es el de definir el mercado relevante para establecer la posición de dominio en el mismo. Por esta y otras razones, hay autores que entienden que en los casos de recursos esenciales no es necesario realizar el análisis tradicional del art. 102 TFUE una vez sea claro que estamos ante un caso de recursos esenciales; en otras palabras, que no es necesario definir el mercado relevante, ya que ronda en torno al recurso esencial. Lo que nos lleva a la segunda perspectiva en este apartado.

esencial, probablemente exista una posición dominante en el mercado relevante donde se sitúa el recurso, pero la definición o relimitación del mercado relevante no es un elemento necesario para este análisis.

GLASL, D.¹¹³¹, comentando sobre el caso de *Port of Genoa*¹¹³², dijo que el tribunal implícitamente había aplicado la DRE/EFD, y que "...este enfoque podría reemplazar verdaderamente la definición de mercado relevante de producto y geográfico".

STEHMANN, O. y ZELLHOFE, G.¹¹³³ dicen que la noción de 'recurso esencial' es significativamente más restrictiva que la de dominación. Se trata de un recurso o infraestructura que es esencial para dar servicio a los clientes y que no puede ser reproducido por medios razonables.

KEZSBOM, A., y GOLDMAN, A.V.¹¹³⁴ dicen que un primer paso fundamental es determinar el mercado relevante en el que poder evaluar los efectos anticompetitivos. Pero cuando se detecta la existencia de poder de mercado, no por la cuota de mercado que ostente la empresa dominante, sino por su habilidad real de excluir a la competencia y controlar los precios, parece que no se debe ir más allá en dicho análisis del mercado. Citan el asunto '*City of Chanute, Kansas v. Williams Natural Gas Co.*', el cual dice: "expresamente rechazando los argumentos del demandante de no ser necesaria en una demanda de recursos esenciales la delimitación tradicional del mercado relevante, y observa que bajo la DRE/EFD el análisis del mercado relevante puede no tener por qué tener en cuenta las mismas implicaciones que en otros casos". Por ello, en algunos casos se ha reemplazado el test de si la empresa tiene poder en el mercado relevante por una determinación de la esencialidad de un recurso, que es probable que suceda cuando efectivamente el competidor es incapaz de duplicar el recurso.

Por su parte, la Decisión de la Comisión en '*B&I c/Sealink*' (analizada en el capítulo anterior) se refiere textualmente a una "*compañía que ocupa una posición dominante en la provisión de un recurso esencial.*" En el mismo sentido la definición en *Bronner*: "*ostenta*

¹¹³¹ GLASL, D., en "Essential Facilities Doctrine in EC anti-trust Law", 6 *ECLR*, 1994.

¹¹³² Asunto C-179/90, Rec. 1991, pag. I-5889.

¹¹³³ STEHMANN, O. y ZELLHOFE, G.: "Dominant Rail Undertakings under European Competition Policy", *European Law Journal*, vol. 10, n° 3, mayo 2004.

¹¹³⁴ KEZSBOM, A., y GOLDMAN, A.V.: "No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the 'Essential Facilities' Doctrine," 1996 (vol. 1) *Columbia Business Law Review*, pag. 145.

una posición dominante en la concesión de instalaciones que son esenciales”. Si esto implica que un recurso esencial es, por definición, un mercado no nos parece tan claro.

Asimismo, la formulación en el 'Informe Hilmer', que, en última instancia, puede decirse que fue precursor de la introducción de nueva legislación en Australia, se centra en el acceso a servicios que se proveen por medio de una instalación o recurso, más que en el acceso a la instalación o recurso en sí misma considerada. Sin embargo, en el nuevo régimen australiano no se requiere que un recurso constituya el 100 por ciento del mercado relevante para considerarse esencial; por el contrario, se centra en los aspectos económicos para valorar la construcción de una instalación adicional. Además, el servicio al que se da acceso necesita tener una importante influencia en la competencia en el mercado primario o secundario para que pueda ser considerado recurso esencial.¹¹³⁵

El “Economic Advisory Group on Competition Policy” (EAGCP) de la DG Competencia publicó en Julio de 2005¹¹³⁶ un informe, que dice que “no hay necesidad de establecer una valoración preliminar y separada de la dominancia” (pag. 4). Las autoridades de Competencia y los tribunales usando un enfoque económico del art. 102 deberían considerar directamente si una práctica determinada es abusiva dados los hechos del caso. Tomando en cuenta que las empresas solo pueden cometer un abuso si la empresa tiene una posición dominante, “no son necesarias más muestras separadas de dominación” (pag. 14).

Continúa diciendo este informe del EAGCP, literalmente: “Los indicadores estructurales que tradicionalmente sirven como aproximaciones para el análisis de la posición de dominio nos facilitan una medida apropiada de poder en algunos mercados, pero no en

¹¹³⁵ OCDE: “The essential facilities concept”, Roundtables on competition policy, OCDE/GD(96)113, Paris 1996, pp. 37 a 48. En Australia, el *Hilmer Report* fue precursor de un nuevo régimen de regulación concluyendo que por sí solo el Derecho de la Competencia no ofrecía una base suficiente para la regulación de un acceso eficiente a los recursos esenciales, por lo que recomendó un régimen de acceso para industrias de monopolio ‘declarado’ como parte de un enfoque basado en tres pilares relativos a la regulación de monopolios. En este Informe se tuvo en cuenta que casi todos los casos de recursos esenciales se daban en el sector público debido al historial de propiedad gubernamental de la infraestructura. El Competition Reform Act de 1995 introduce la parte IIIA en la Ley de Prácticas comerciales de 1974 ('Trade Practices Act'), que introduce este nuevo régimen legal administrativo para el acceso a una variedad de recursos de importancia nacional, dejando atrás el sistema existente en aquel momento basado en principios de ‘negativa de suministro/acceso’ bajo la legislación y los tribunales del Derecho de la Competencia.

¹¹³⁶ EAGCP, *An Economic Approach to Article 82*, Julio 2005, disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

otros. En un mercado donde estos indicadores no miden apropiadamente la habilidad de la empresa para imponer conductas abusivas a otros, la intervención de la autoridad de competencia bajo los modos tradicionales de procedimiento es probable que sea inapropiada, demasiado severa en algunos casos y demasiado indulgente en otros¹¹³⁷. Dado que el Tratado en sí mismo no cuenta con una definición separada de posición dominante, y mucho menos reclama ninguno de los indicadores tradicionales como tales, parece más apropiado enfocar la aplicación del Tratado mismo en los abusos y tratar la valoración de la dominancia en este contexto. Nuestro enfoque basado en los efectos también permite captar de una forma equilibrada y significativa la noción de responsabilidad especial de la empresa dominante. La referencia a tal responsabilidad tiene a menudo la intención de prohibir algunas prácticas cuando son ejercidas por la empresa dominante, mientras que son consideradas legales si las realizan pequeños competidores. Una vez que nos concentramos en los efectos excluyentes de las prácticas de mercado, la noción de responsabilidad especial surge naturalmente del análisis, cuando ciertas prácticas han de ser prohibidas porque determinan efectos excluyentes, y son legales mientras no produzcan una infracción competitiva. Puesto que en este análisis no necesitamos valorar la existencia de dominación separadamente¹¹³⁸, la

¹¹³⁷ Incluso se ha llegado a considerar que los métodos tradicionales para la valoración de la posición dominante son imperfectos y a menudo incapaces de identificar propiamente situaciones reales de poder de mercado. Así, PADILLA, J. & AHLBORN, C.: “*From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law*”, pág. 31.

¹¹³⁸ VICKERS, J.: «A reformed approach to Article 82 and the US practice: an overall appreciation», en *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007, explicando el análisis tradicional (en contraste con el que se propone en el texto), dice que “...las proposiciones (a) “Si no hay dominancia, entonces no hay abuso”, y (b) “Si hay abuso, entonces hay dominancia”, son lógicamente equivalentes. En la práctica, sin embargo, en el análisis de posición dominante la proposición (a) debería continuar siendo la primera en utilizarse. Si y cuando se llegue al análisis del abuso, aun la dominación debe ocupar un lugar central porque un “abuso” con un nexo tenue al poder de mercado no es probablemente abuso. Ver también capítulo III de este trabajo, epígrafe IV- 3. Respecto a las críticas de la definición de posición de dominio, que implica que la empresa dominante puede actuar independientemente de los consumidores, especialmente manifestándose en el precio, de modo que cuanto mayor sea el precio, menor será la cantidad demandada, puede fallar en casos de inelasticidad del precio porque hay determinados productos (como por e.j. las medicinas) que son inelásticos ya que el aumento en el precio puede no afectar a la cantidad demandada. Volviendo a la cuestión del nexo se plantea si la aplicación del art. 102 exige que exista un nexo entre la dominancia y el abuso. En el asunto *Continental Can* (6/72, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c/ Comisión*, sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973), parr. 27-27: “no hay necesidad de un nexo causal entre la posición dominante y el abuso. Solo es necesario que la conducta fortalezca la posición de la empresa dominante y restrinja la competencia en el mercado”. Sin embargo, el TJCE confirma en su sentencia de 31 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, *República Francesa y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c/ Comisión*, respecto a la Decisión de esta última conocida como “*Kali und Sulz*”, que en los casos de control de concentraciones bajo el Reglamento original de Control de Concentraciones, debe existir un nexo causal entre la creación o fortalecimiento de la posición dominante y su impacto adverso en la competencia efectiva. Lo

responsabilidad especial se aplica implícitamente a cualquier conducta y empresa que es capaz de interferir o interfiere y distorsiona el proceso competitivo de entrada al mercado”.

Efectivamente, respecto al enfoque económico que la Comisión ha dado al art. 102 TFUE, -aunque no ha afectado significativamente al análisis tradicional que sigue el TJCE-, EZRACHI, A.¹¹³⁹ afirma que el EAGCP cuestiona la efectividad del análisis tradicional. Este informe aboga por un enfoque basado en los efectos que se centra en el perjuicio competitivo y evita diferenciar las distintas categorías de abuso. Su razón de ser surge del entendimiento de que los mismos tipos de actuación pueden tener diferentes efectos en el mercado, algunos abusivos y otros no. Similarmente, diferentes tipos de actuación pueden conducir al mismo efecto anticompetitivo.

2.3. Análisis tradicional del mercado relevante

En la tercera perspectiva se vuelve al análisis tradicional que engloba la definición del mercado relevante.

En contra de la segunda concepción o perspectiva que acabamos de analizar, se insiste en la necesidad de la tradicional definición previa del mercado relevante antes de aplicar la DRE/EFD. La presunción de que el recurso es indispensable para la competencia lleva a concluir que el mercado es limitado y que está cerrado a nuevos competidores, es decir, identificar el mercado con el recurso da por sentada la cuestión de que ese recurso es esencial. Sin una definición de mercado, podemos olvidarnos de analizar la existencia de

que en definitiva, viene a indicar una diferente aplicación del test de la dominación bajo el art. 102 o bajo el régimen de control de concentraciones, aunque es comprensible que en el control de concentraciones se exija un mayor rigor o severidad ya que se trata de eso precisamente, de valorar si al unirse dos empresas de importancia se reforzara de tal modo su posición de dominio que pueda provocar efectos anticompetitivos en el mercado, y por tanto, parece lógico, a diferencia de los abusos que puedan producirse bajo el art. 102, que en el control de concentraciones deba existir el nexo causal antedicho.

Así, WEATHERILL, S.: *Cases & Materials on EU Law*, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pag. 534, indica que, como el art. 102 TFUE, el control de concentraciones esta basado en la necesidad de controlar el poder de mercado, y el especializado régimen de concentraciones tiene muchos rasgos en común con el art. 102. Lo que se hace evidente por las referencias cruzadas en la Comunicación de la Comisión *sobre la definición del mercado relevante* de 1997 (vista en el cap. III). Asimismo, el art. 2(3) del Reglamento de Concentraciones dice que “una concentración que impida significativamente una competencia efectiva, en el mercado común o una parte sustancial del mismo, en particular como resultado de la *creación o reforzamiento de una posición dominante*, se declarara incompatible con el mercado común”.

¹¹³⁹ EZRACHI, A.: *EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oxon (UK), 2008.

un verdadero poder de mercado en un mercado relevante, que es fundamental para constatar el abuso. Un análisis únicamente basado en los efectos económicos en un mercado es un análisis económico y no jurídico¹¹⁴⁰.

Además, los tribunales europeos rechazan actualmente la aplicación de una definición de mercado restrictiva, con lo que se pretende incluir la situación existente en ese momento, pero sin ignorar competidores potenciales si ese mercado tiene una capacidad infrautilizada o es posible desarrollar nueva tecnología en el mismo. Como sabemos, la determinación de si existe un poder de monopolio dependerá en gran medida de la existencia de competidores potenciales, las barreras a la entrada y facilidad de entrada en el mercado¹¹⁴¹.

ASCH, P.¹¹⁴² dice que el poder de monopolio no existe en relación a un producto, sino a un mercado relevante de producto, y la definición de este mercado de producto debe reunir dos criterios: debe ser definido con la suficiente limitación para que excluya los productos no sustituibles y con la suficiente amplitud para que incluya todos los productos que son sustitutivos entre sí.

WEATHERILL, S., al hilo de sus comentarios respecto al asunto *Viho Europe BV c/ Comisión*¹¹⁴³, indica que las prácticas unilaterales de una empresa que no detenta una posición de dominio económico son inmunes respecto del control del Derecho de la Competencia del Tratado. Lo que significa que la identificación de una posición dominante es crucial -ya que es el umbral que marca la sujeción a la obligación de no cometer abusos anti-competitivos bajo el art. 102 TFUE-. Evidentemente, la posición de dominio se ostenta respecto a un mercado.

¹¹⁴⁰ Kokkoris, I.: "A gap in the enforcement of article 82", British Institute of International and Comparative Law, 2009, pp. 60 y 61, estima que la importancia de la aplicación del test de la posición dominante -test que implica primero examinar si existe una posición de dominio en el mercado-, reside en el hecho de que el análisis basado en un concepto jurídico similar a la noción económica de poder de mercado previene la prohibición de prácticas unilaterales pro competitivas, esto es, errores Tipo I (es decir, aquellos por los que se prohíbe una conducta que en realidad no es anticompetitiva). En ello, este autor se está refiriendo a la posición de dominio que es el concepto jurídico equivalente al término económico poder de mercado. Desde luego, el test que propone el EAGCP está basado en los efectos económicos que se produzcan en un mercado y por ello, tiene una fundamentación más económica que legal.

¹¹⁴¹ Véase en el capítulo III, el epígrafe IV- 3.2.

¹¹⁴² ASCH, P.: *Economic Theory and the Antitrust Dilemma*, Wiley, Nueva York, 1970.

¹¹⁴³ Asunto del TJCE C-73/95P, Rec. 1996, pág. I-5457. Comentarios de WEATHERILL, S.: *Cases & Materials on EU Law*, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pág. 494.

Mientras que las características físicas de un recurso, tales como un puerto, pueden ser importantes, aun es necesario identificar un mercado de referencia para saber si las características físicas son tales que el recurso por sí mismo puede constituir, por esa razón, un mercado relevante desde el punto de vista de la competencia. Ahora bien, no es posible definir un recurso esencial sin referirlo al mercado para el que el acceso al recurso es esencial. Se plantea entonces la cuestión de qué mercado ha de definirse, ¿aquél donde la empresa es dominante o el mercado derivado donde se despliegan los efectos del abuso? ¿Cual es el mercado relevante el mercado primario o el mercado derivado?

Un buen ejemplo de la importancia de la definición del mercado relevante lo aporta tempranamente la STJCE de 21 de febrero de 1973, en el caso *Continental Can*¹¹⁴⁴, que revocó la Decisión de la Comisión precisamente por no haber delimitado correctamente el mercado relevante. A menudo se plantea el problema de determinar si productos fabricados dentro de un mismo proceso industrial integran o no mercados diferentes. En el caso *Commercial Solvents*¹¹⁴⁵, el TJCE declaró que es posible distinguir el mercado de las materias primas necesarias para la fabricación de un producto y el mercado en el que ese producto es comercializado. En el asunto *Hugin*¹¹⁴⁶ se admitió que las piezas de repuesto producidas por un fabricante para las cajas registradoras fabricadas por el mismo constituían un mercado independiente del de las propias máquinas, no para los adquirentes de las máquinas, pero sí para las empresas independientes especializadas en el mantenimiento y reparación de cajas registradoras. Estas sentencias ponen de manifiesto un elemento fundamental para la delimitación objetiva del mercado: que los adquirentes o usuarios han de ser tomados en consideración, puesto que estos pueden no constituir un conjunto homogéneo. Lo que es importante por dos razones, porque puede variar el criterio sobre la sustituibilidad de los productos y porque indica la independencia entre ellos que permita considerar la existencia de mercados diferenciados. Por ello, se habrá de determinar si existe en el mercado una demanda

¹¹⁴⁴ Asunto 6-72, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión*, Rec. 1973 página 215.

¹¹⁴⁵ STJCE de 6 de marzo de 1974, asuntos acumulados 6 y 7-73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation c/ Comisión*, Rec. 1974 página 223, analizada en el capítulo anterior.

¹¹⁴⁶ Sentencia del TJCE de 31 de mayo de 1979, Asunto 22/78, *Hugin Kassaregister AB y Hugin Cash Registers Ltd c/ Comisión*, Rec. 1979 pág. 1869.

autónoma para el producto o servicio, y si es así deberá determinarse cuales son los productos o servicios sustituibles que deben incluirse en ese mercado¹¹⁴⁷.

TEMPLE LANG, J. dice que el primer paso es definir el mercado derivado, -que en el sector ferroviario sería el servicio de operación de trenes-. El segundo paso es definir el mercado primario (*upstream market*), esto es, el mercado en el cual se sitúa (tangiblemente o intangiblemente) el recurso esencial, -así la infraestructura ferroviaria, incluso las terminales y estaciones-. Debe identificarse primero el mercado relevante, antes de que una instalación o input pueda ser valorada como esencial o no¹¹⁴⁸. Aunque esta concepción nos llevaría de vuelta a la segunda perspectiva, ya que propone que se empiece por analizar los efectos que se producen en el mercado derivado.

Lo que es indiscutible es que, antes o después en el análisis, debe delimitarse claramente el mercado relevante, porque para poder valorar la competencia en un mercado y el posible daño estructural que se hace a dicha competencia en dicho mercado, -en suma para poder aplicar el art. 102 (o determinar un abuso)- se ha de establecer una posición de dominio. De hecho, las prácticas anti-competitivas llevadas a cabo por empresas no dominantes no entran dentro del control que ejerce el art. 102 TFUE. En tal caso, la valoración de la competencia va necesariamente vinculada a un mercado.

Las decisiones del TJCE relativas al deber de suministro se refieren a las empresas dominantes en un mercado, lo que implica, para empezar, que un mercado ha sido definido, -aunque los efectos anticompetitivos se despliegan y, por tanto, se valoran en un estadio posterior en un mercado relacionado-. Ahora bien, en determinados mercados existen recursos tan limitados o incluso únicos que constituyen un requisito necesario para poder ofrecer un servicio a los clientes y por tanto, para competir. Tal situación monopolística crea para el dueño de la infraestructura obligaciones especiales para con otros operadores que quieren entrar en ese mercado. Se impone un interés más elevado de desarrollo de la competencia en un mercado por encima del derecho de libertad contractual o de propiedad de la empresa dominante. Los criterios en el concepto de DRE/EFD son, por lo tanto, la existencia de una posición de dominio y la ausencia de

¹¹⁴⁷ En este párrafo he seguido a BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “La prohibición del abuso de posición dominante”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (director) *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 104.

¹¹⁴⁸ TEMPLE LANG, J.: “Defining what is legitimate competition in the context of companies’ duties to supply competitors and to grant access to essential facilities”, *FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL*, vol. 18, n° 437, 1994-1995, pp. 439-524.

sustituibilidad. Aunque, como ya hemos dicho, inevitablemente cómo se defina el mercado relevante es determinante aquí, es decir, que se adopte una definición más amplia o más limitada.

3. La necesidad de dos mercados

Una de las cuestiones más debatidas respecto a esta Doctrina, que es si el mercado afectado debe ser el mismo u otro. Algunas decisiones han citado esta teoría en abusos en el mismo mercado, nombrando como ejemplo el caso *IMS Health*.¹¹⁴⁹

Del punto anterior se deducen dos hechos:

- Primero, el recurso esencial se sitúa en un mercado, y a veces coincidirán ambos (es decir, el recurso esencial constituirá el propio mercado, principalmente en situaciones de monopolio natural).
- Segundo, la posición dominante de la empresa que posee el recurso se da respecto a ese mercado definido de acuerdo con el tradicional criterio de sustituibilidad (que no debe ser confundido con el test de competencia en un mercado que se realiza posteriormente¹¹⁵⁰).

La aplicación de la DRE/EFD hasta ahora se fundamenta en la necesidad de la existencia de dos mercados, que viene dada por el hecho de que el recurso situado en el primer mercado es esencial para que exista competencia en otro mercado. Es decir, se define un primer mercado para establecer una posición de dominio en el mismo, pero se valoran los efectos en la competencia del segundo mercado.

Para OVERD, A. y BISHOP, B.¹¹⁵¹ dos mercados son necesarios y consideran la EFD/DRE como una cuestión de acceso al mercado. De este modo, las cuestiones clave para estos autores se centraran en el mercado secundario del siguiente modo:

¹¹⁴⁹ STJCE 29 de abril de 2004, asunto C-418/01, *IMS Health*, Rec. 2004, p. I-5039. Aunque como ya hemos visto en el capítulo anterior, el TJCE establece un mercado hipotético o artificial.

¹¹⁵⁰ Nos debemos limitar a definir el mercado (utilizando el método de la sustituibilidad), no a valorar la competencia en dicho mercado, análisis que necesariamente vendrá después. Se tiende a confundir uno y otro análisis en los casos de DRE/EDF. Pero el objetivo de definir el mercado primario es para indicar una posición de dominio en el mismo (no para valorar los efectos de la conducta en el mercado en cuestión). La valoración de la competencia se hará en el mercado derivado para ver si el recurso es esencial, es decir, que sin el acceso al recurso no se puede competir en el mercado derivado. Ahora bien, para valorar la competencia en el mercado derivado también ha de empezarse por definir tal mercado. Y en esta definición el grado de no sustituibilidad del recurso es incluso mayor que el usado normalmente al definir los límites de un mercado, o sea que el recurso es esencial para llevar a cabo la actividad comercial deseada.

¹¹⁵¹ OVERD, A. y BISHOP, B.: "Essential Facilities: the rising tide", ECLR, vol. 19, n° 4, 1998.

- ¿existe un mercado secundario, definido apropiadamente, en el que la competencia falta sustancialmente o está ausente?
- ¿se mejorará la entrada al mercado gracias a que con la empresa, que busca el acceso, se haya extendido la competencia en ese mercado secundario de modo considerable?
- ¿no existe otra manera (incluyendo la duplicación del recurso) por la que la empresa pueda competir económicamente en el mercado secundario?
- ¿no existen otras empresas mejor situadas que puedan competir en el mercado secundario sin requerir el acceso al recurso?

Sin embargo, recientemente está surgiendo una tendencia¹¹⁵² que considera que la distinción de los dos mercados es irrelevante para la aplicación de la EFD/DRE.

3.1. ¿Es irrelevante la distinción de los dos mercados?

El argumento de esta nueva tendencia es que el mercado del recurso esencial es de mucha menor importancia que el mercado secundario, o que no existe un mercado en absoluto en el cual el recurso esencial se sitúa o que, en cualquier caso, tal mercado no se diferencia en términos económicos del mercado secundario¹¹⁵³. Por lo que es ilógico tratar de identificar un abuso, -la negativa de acceso-, en un mercado primario no existente o sin peso económico, con el fin de interferir en un mercado derivado de gran importancia económica.

En definitiva, lo que importa es que si el dueño del recurso esencial da acceso al mismo a cualquier competidor, las partes competirán en el mismo mercado final. Tal axioma es completamente coherente con el objetivo de política de competencia de la EFD/DRE: asegurar la competencia en el mercado donde las dos partes podrían competir, si no fuera por la negativa a dar acceso al recurso esencial.

Como ejemplo de lo dicho se trae a colación el asunto *IMS Health*, analizado en el capítulo anterior. Uno de los principales argumentos aducidos por el propietario del derecho de propiedad intelectual en este asunto fue que ‘la EFD/DRE no puede exigir a

¹¹⁵² Entre otros, autores como Fine y Hatzopoulos.

¹¹⁵³ Sin embargo, no hemos de olvidar que los mercados que han “creado” artificialmente la Jurisprudencia y/o la Comisión eran los mercados *derivados*, no aquéllos donde se situaba el recurso. Así por ejemplo, en *Bronner*, *IMS Health*, *Microsoft*.

una empresa dominante compartir con otros operadores un derecho de propiedad intelectual solamente con el fin de permitirle a éstos competir con él mas efectivamente en el mismo mercado en el cual está explotando su derecho’. El Tribunal hizo tres declaraciones sucesivas a este respecto:

“El hecho de que (el bien o servicio requerido) no hubiera sido comercializado separadamente no puede considerarse que excluyera, de entrada, la posibilidad de distinguir un mercado diferente, (párr. 43).

..., basta que pueda determinarse un mercado potencial, incluso hipotético. Sucede así cuando los productos o servicios son indispensables para desarrollar un negocio determinado y existe una demanda efectiva de ellos por parte de las empresas que pretenden desempeñar el negocio para el que son indispensables, (párr. 44).

De ello se deduce que es decisivo que puedan determinarse dos fases de producción distintas, que están relacionadas entre sí porque el producto anterior es un elemento indispensable para suministrar el producto derivado, (párr. 45).”

Algunos autores ven estas declaraciones como una confirmación del requisito de la existencia de dos mercados diferentes, aunque tienen dificultades en explicar cómo aplicar este requisito (principalmente, cómo definir dos mercados independientes). Para otros autores, por el contrario, pone de relieve que solo es necesario identificar un mercado, el cual se compone de diferentes estadios de producción y demanda, los cuales se reconocen por sus propios resultados.

PITOFSKY, R., PATTERSON, D., y HOOKS, J.¹¹⁵⁴ resaltan que es irrelevante como se caracterice al recurso esencial, ya sea como dos mercados relacionados verticalmente separados o como parte de un mercado en que dos partes compiten, lo importante es, sin embargo, que la empresa dominante y el competidor compitan, no si existen o no dos mercados. Es suficiente demostrar que las partes competirán -o competirían si se hubiera permitido el acceso al recurso- en el mismo mercado final. Estos autores añaden que cualquier caracterización del recurso esencial más allá de que se cumplan los requisitos que demuestran que es verdaderamente esencial, será *“superfluo y artificial.”* Por tanto, la clave está en la relación entre las partes, en demostrar que son competidores, incluyéndose competidores potenciales, no en la relación entre el recurso esencial y el mercado relevante.

¹¹⁵⁴ PITOFSKY, R., PATTERSON, D., y HOOKS, J.: “The essential facilities doctrine under U.S. Antitrust Law”, *Antitrust Law Journal*, 2002, vol. 70, pp. 460 y 461.

3.2. ¿Se dan dos mercados en los casos de derechos de la propiedad intelectual?

En los asuntos *Magill* y en *IMS Health*¹¹⁵⁵ o en los asuntos de derechos de la propiedad intelectual, (-a diferencia de los casos en que no está involucrado un *copyright*, como el asunto *Bronner*-), se exige, además, que se impida la creación de un nuevo producto que no ofrece el dueño del recurso esencial, pero para el que hay una demanda. Cosa que no sucede, sorprendentemente, en el asunto *Microsoft*, puesto que los competidores ya estaban activos en el mercado de servidores de grupo en el que Microsoft quería entrar (como nuevo competidor), suspendiendo el suministro de información de interfaz cuando decidió entrar él mismo en ese mercado en el que los competidores ya estaban presentes. También se ha de poner de relieve la dificultad de definir, e incluso de que pueda tener cualquier significado legal o económico, el término ‘nuevo’; en consecuencia, surgen cuestiones como ¿Por qué deben de tratarse los casos de derechos de propiedad intelectual de modo diferente? ¿Es el requisito del nuevo producto una alternativa al requisito de la existencia de dos mercados?

En *IMS Health* no había mercado separado para la base de datos en estructura de ladrillo y además, únicamente los competidores de IMS podían tener una intención de acceder a dicha base de datos¹¹⁵⁶; se trataba de un mercado muy limitado. En el asunto *Magill*, el TJCE identificó un mercado artificial para los listados globales semanales de TV, cuando en realidad no existía ningún mercado.

Pero es que en el asunto *Bronner* tampoco existía, como tal, un mercado de distribución de periódicos a domicilio. La empresa Mediaprint solo los distribuía a domicilio para su propio negocio, no los ofertaba externamente. Ahora bien, sí que existía una demanda por el simple hecho de que la empresa Bronner quería acceder a este sistema de distribución, aunque, como el tribunal indicó, dicha distribución no era indispensable para que Bronner llevara a cabo su propia actividad principal. De hecho, el tribunal valoró si la distribución de periódicos a domicilio podía constituir un mercado diferente, estimando que eran posibles sustitutos la venta en quioscos, por correo, etc.

Parece que en aquellas situaciones en donde no se pueden distinguir dos mercados como tales, entonces se exige el requisito de que los nuevos competidores introduzcan un

¹¹⁵⁵ Analizados en el capítulo anterior, epígrafe III- 2.1, 6) y 2.3, 8), respectivamente.

¹¹⁵⁶ Para otros posibles competidores y competidores potenciales en productos sustituibles no era esencial tener acceso a esa específica base de datos, pues podían crear su propia base de datos o acceder a otras bases de datos.

producto nuevo o haya una demanda potencial, entendiéndose esta concepción por algunos autores como una protección adicional de los intereses del dueño del *copyright* o del recurso esencial. En otras palabras, se recurre a esta ficción para no comprometer, con la exigencia del acceso, los derechos de propiedad intelectual¹¹⁵⁷.

La Comisión, en su Comunicación de la Comisión de febrero de 2009 *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* “no considera necesario que el producto denegado ya se haya comercializado: basta que haya demanda de compradores potenciales y que pueda determinarse un mercado potencial para el insumo creado”, (párr. 79).

3.3. ¿Se confunde la necesidad de dos mercados en la DRE/EFD con el apalancamiento de mercados?

Las prácticas abusivas excluyentes pueden referirse al mismo mercado en que existe la posición dominante o a otro mercado distinto en el que también actúa la empresa en posición dominante, sin gozar de dominio en el mismo, u otra empresa de su mismo grupo¹¹⁵⁸. Así se declara en el asunto *Telemarketing* que hemos analizado en el capítulo anterior¹¹⁵⁹ en los siguientes términos:

“Constituye un abuso en el sentido del art. 82, el hecho, por parte de una empresa que detenta una posición dominante¹¹⁶⁰ sobre un mercado dado, de reservarse o reservar a una empresa perteneciente al mismo grupo, y sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de esta en un

¹¹⁵⁷ CASTALDO, A. y NICITA, A., “Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy”, *REVIEW OF LAW AND ECONOMICS* 3:1, 2007, pp. 84, en referencia al enfoque de Calabresi y Melamed en 1972, escriben que el Abogado General Jacobs nos recuerda que el derecho de elegir libremente con quien entablar relaciones comerciales y/o nuestros socios comerciales y disponer de nuestra propiedad es de un valor fundamental e incluso constitucional en los Estado miembros (párr. 56). Una perspectiva de cómo se vé afectado el derecho de propiedad por la EFD/DRE es que la doctrina puede afectar a la manera en que se protegen los activos pertenecientes a una empresa dominante, ya que una vez se detecta un recurso esencial, esta se vé comprometida mas por una responsabilidad especial de dar acceso que por su derecho de propiedad en sí mismo considerado de denegar el acceso a su propiedad.

¹¹⁵⁸ Así lo dice BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “La prohibición del abuso de posición dominante”, citado más arriba.

¹¹⁵⁹ STJCE de 3 de octubre de 1985, asunto 311/84, *SA Centre belge d'études de marché - Télémarcheting (CBEM) contra SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) y SA Information publicité Benelux (IPB)*, Rec. 1985 pág. 3261.

¹¹⁶⁰ Posición dominante que es además resultante de una disposición legal o reglamentaria, como se puede ver en el caso.

mercado vecino, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de esa empresa.”

En cualquier caso, la cuestión es más simple que el planteamiento expuesto en el párrafo anterior. El hecho es que si limitamos la aplicación de esta doctrina a los casos de apalancamiento de mercados, como lo es en sentido estricto el asunto *Bronner*, entonces, necesitamos dos mercados. Por su misma definición, en el apalancamiento de mercados una empresa dominante en un mercado, aprovechándose de esta ventaja, busca extender o apalancar ese poder de mercado a otro mercado relacionado (o en términos americanos, monopolizar otro mercado). Obviamente, para ello necesitamos dos mercados, ya sean éstos mercados en sentido estricto, o diferentes estadios de un mismo proceso de producción¹¹⁶¹. Por ello, aparte de que el interés de definir (o crear artificialmente¹¹⁶²) dos mercados esté en la ficción creada para ofrecer una protección adicional a los titulares de derechos de propiedad, intelectual o de otra clase, se ha extendido el análisis empleado en *Bronner* (como caso modelo), el cual es en puridad un caso de apalancamiento de mercados, y ahora es difícil adaptar y encajar la conceptualización del mismo a otros casos en que se puede aplicar la DRE/EFD sin tener que recurrir a la figura del apalancamiento de mercados en sentido estricto. La DRE/EFD no se agota en los casos de apalancamiento de mercados, como demuestra la clasificación que se recoge al principio del apartado 2 del epígrafe II¹¹⁶³.

Respecto a la figura del apalancamiento de mercados, es fundamental transcribir lo que dice EVRARD¹¹⁶⁴: “*el test impuesto por Bronner, transforma la conceptualización del abuso de posición dominante del art. 102 TFUE hacia el concepto de monopolización encarnado en la Secc. 2 del Sherman Act*” porque el referido test analiza si la negativa de acceso/suministro llevará a la monopolización del mercado derivado (-o extensión de la posición de dominio al mercado derivado-, en la jerga comunitaria)¹¹⁶⁵.

¹¹⁶¹ Sobre todo porque se trata de una situación en que una empresa tiene poder en un mercado relacionado muy estrechamente con otro, de modo que es fácil que ese poder sea apalancado en el otro mercado, y por lo tanto, es fácil que a veces se trate mas de estadios de producción que de mercados propiamente dichos.

¹¹⁶² Recuérdese, en el asunto *IMS Health*, el TJCE establece un mercado hipotético.

¹¹⁶³ Cualquier otra clasificación probaría lo dicho siempre que no se limite solo a casos de apalancamiento de mercados, como la analizada en este capítulo (epígrafe II- 2) de HOU, L. que es muy completa y clarificadora.

¹¹⁶⁴ EVRARD, S.J.: “Essential facilities in the European Union: *Bronner* and beyond”, *Columbia Journal of European Law*, 2004, vol. 10, pp. 491-526.

¹¹⁶⁵ Ya hemos visto en el cap. III, epígrafe II y en el capítulo IV, epígrafe III-1, que esta doctrina es de origen americano, y que se incorporó en la jurisprudencia comunitaria sin dar mucha

En este sentido, VENIT J. S. & KALLAUGHER, J. J.¹¹⁶⁶ dicen que el “*artículo 102 se aplica a la doctrina de la ‘essential facility’ sin considerar de forma significativa cómo debe ser la extensión respecto a la cual la empresa mantiene una posición dominante en un mercado derivado.*”

Continuando en esta línea de argumentación, con el asunto *Bronner* se pasa a una valoración de futuro de las condiciones de competencia (potencial) en el mercado derivado. Sin embargo, no debemos de olvidar que el art. 102 examina los abusos de posición dominante una vez que se ha cometido el abuso, es decir, *ex post*. La legislación comunitaria no pretende prevenir la emergencia de poder, sino controlar su uso. Por su parte, la Secc. 2 del Sherman Act condena la monopolización y los intentos de monopolización, y por ello, puede funcionar *ex ante*. Por ello, PITOFISKY, R., PATTERSON, D., y HOOKS, J.¹¹⁶⁷ indican que en contextos como el Derecho de la Competencia europeo el poder de mercado puede ser ilegalmente adquirido o mantenido, o, incluso si es adquirido o mantenido legalmente, lo que es relevante es el perjuicio a la competencia a través de una conducta irrazonable en conexión con la propiedad de un derecho de propiedad intelectual o de cualquier otro tipo, (-ya que estos autores tampoco entienden justificada un distinto régimen entre derechos de propiedad intelectual y otros derechos de propiedad tangible o física-).

Ahora bien, si con la EFD/DRE nos acercamos a la teoría de la monopolización norteamericana dando cabida a situaciones de extensión del poder de dominio de un mercado a otro relacionado (ya estén al mismo nivel o no) irremediablemente surge la cuestión del papel de la intención en la conducta, factor que no es valorado en la jurisprudencia europea. La denegación de acceso está motivada por un ánimo anticompetitivo, que generalmente se demuestra en un cambio en la práctica comercial de la empresa dominante con el intento específico de perjudicar a los competidores, como en los asuntos *United Brands* y *Telemarketing* analizados en el capítulo anterior. En realidad, se trata de que el monopolista explota su posición de dominio para expandirla. Ahora bien,

consideración al hecho de que el sistema de competencia US basado en la Secc. 1 y 2 del Sherman Act es, -aunque no totalmente-, diferente del sistema europeo.

¹¹⁶⁶ VENIT J. S. & KALLAUGHER, J. J.: ‘Essential Facility: A Comparative Approach,’ (1994) 18 *Fordham Corporate Law Institute*, p. 333.

¹¹⁶⁷ PITOFISKY, R., PATTERSON, D., y HOOKS, J.: “The essential facilities doctrine under U.S. Antitrust Law”, *Antitrust Law Journal*, 2002, vol. 70, pp. 457. Incluso estos autores indican que la EFD/DRE no es una causa independiente de acción, sino un tipo de monopolización en el marco de la Sección 2 del Sherman Act (pág. 447).

como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente a propósito del asunto *Aspen*, la integración vertical de dos mercados no es necesaria para que se de una infracción anticompetitiva en el marco del test de la intención en una denegación de suministro, porque el abuso entonces también puede darse cuando el monopolista no está integrado verticalmente. Y estos supuestos se dan cuando la empresa monopolista aun no ha entrado a competir en el mercado derivado, o incluso como en la Decisión de la Comisión *GVG c/FS*¹¹⁶⁸ no tiene el propósito de hacerlo, sino solo de excluir a su competidor en un mercado potencial con el fin de mantener y proteger su fuerte posición de dominio en el mercado relevante en que es una empresa monopolista, en este caso como empresa ferroviaria.

El mismo párrafo 66 de la Decisión *Sea Containers*¹¹⁶⁹, que es el paradigma para definir la EFD/DRE saca a la luz la intención de la empresa dominante: “El propietario de un recurso esencial que usa su poder en un mercado para proteger o fortalecer su posición en otro mercado relacionado...infringe el art. 82 TCE”. En el asunto *Magill* la mera titularidad de un derecho de propiedad intelectual no confería a las empresas una posición de dominio, pero en este caso las empresas mantenían un monopolio *de facto* sobre la información y con la denegación de licencia, estas empresas se reservaban para ellas mismas el mercado relacionado de las guías semanales de tv.

Bajo los criterios sentados en *Bronner* la imposición de un deber de acceso/suministro se convierte en una cuestión de si por la negativa (de suministro/acceso), el propietario de un recurso esencial ha intentado monopolizar o extender/apalancar su posición de dominio al mercado derivado¹¹⁷⁰. De este modo, la denegación de acceso en la UE no constituye un abuso si las empresas competidoras en el mercado derivado son aun capaces de protegerse y competir con el dueño del recurso esencial gracias a la existencia de recursos alternativos o potenciales¹¹⁷¹. En este punto enlazamos con la cuestión del

¹¹⁶⁸ Analizado en el capítulo anterior, epígrafe V-1, 4).

¹¹⁶⁹ Analizada en el cap. IV, epígrafe IV- 1).

¹¹⁷⁰ DOHERTY, B.: “Just what are essential facilities?” en *CMLR*, 2001, n° 38 (2), dice que los requisitos sentados en *Bronner* son muy severos, especialmente porque constituyen un estándar más alto que en la legislación US (pág. 424). El autor también dice que si el recurso o instalación es construido con fondos estatales es un indicador de que no fue económicamente viable construirlo bajo condiciones competitivas.

¹¹⁷¹ EVRARD S.J.: “Essential facilities in the European Union: *Bronner* and beyond”. *Columbia Journal of European Law*, 2004, vol. 10, pp. 491-526, continua diciendo que el mercado común de alguna manera dio la bienvenida a la emergencia de poder (posiciones de dominio) en la CE puesto que conducía a la integración de los mercados; ahora que los mercados están integrados, la legislación comunitaria de competencia debería ocuparse más con la monopolización *ex ante*

siguiente epígrafe de si la empresa dominante ha de estar presente en el mercado derivado, e incluso si debe tener una posición de dominio en el mismo.

Ahora bien, en definitiva, si no queremos limitar la aplicación de la DRE/EFD únicamente a los casos de apalancamiento de mercados, entonces, una vez más, en la aplicación de la DRE/EFD, lo que importa es que si el dueño del recurso esencial dá acceso al mismo a cualquier competidor, las partes competirán en el mismo mercado final. Tal axioma es completamente coherente con el objetivo de política de competencia de la DRE/EFD: asegurar la competencia en el mercado donde las dos partes podrían competir, si no fuera por la negativa a dar acceso al recurso esencial.

4. Presencia de la empresa dominante en el mercado derivado

- Planteamiento de la cuestión

Como ya hemos visto, en la visión tradicional de la EFD/DRE los efectos anticompetitivos de la negativa de acceso al recurso esencial deben darse en el mercado relacionado. En otras palabras, las presiones competitivas -que hacen que en un mercado se mantenga el juego de la competencia- deben darse o mantenerse en el mercado derivado, ya que lógicamente no se darán en aquel donde la empresa es dominante (porque, por definición, en este mercado primario donde se localiza el recurso esencial la competencia no existe o se ha visto reducida considerablemente). Tal lógica nos llevaría a concluir que en el mercado derivado debe seguir existiendo competencia, por lo que el poder de mercado de la empresa, que es dominante en el mercado primario, no debe ser tan importante en este mercado derivado.

Como consecuencia, en la perspectiva tradicional de la DRE/EFD la empresa no necesita ser dominante en los dos mercados, pero debe ser dominante en el mercado para el suministro de los servicios esenciales que provee dando acceso al recurso esencial. En muchos casos, la posición dominante será debida en la mayoría de los casos a la propiedad o control del recurso esencial. Si la empresa es también dominante en el mercado derivado, los argumentos respecto a este deber de garantizar el acceso son mayores.

que con los abusos *ex post*, sobre todo cuando se trata de empresas de gran poder económico con, a veces, influencias políticas (e incluso estatales).

Dentro de esta argumentación lógica, hemos de recalcar el hecho de que el efecto de la negativa ocurre en el mercado derivado y no en el mercado donde la empresa es dominante. Esto es, el mercado en el que el abuso ocurre es el mercado derivado; es en el mercado derivado donde se eliminará la competencia que pudiera ejercer el rival o competidor si no se le diera acceso al recurso esencial¹¹⁷².

El recurso debe ser absolutamente necesario para alguien que quiera entrar al mercado relevante, y el análisis es distinto al realizado para determinar el mercado relevante porque cuando estamos analizando el mercado derivado debe valorarse el efecto de la “inexistencia” de sustitutos al insumo o recurso esencial (incluso imperfectos). A este respecto, debe considerarse la elasticidad cruzada de bienes/servicios respecto al recurso esencial en relación a otros bienes/servicios alternativos que no proporciona el recurso esencial¹¹⁷³. Ha de valorarse la sustituibilidad en un sentido amplio -aunque también más riguroso- que en la práctica normal seguida en la determinación del mercado de producto relevante. Como la competencia que se pretende mantener es en el mercado derivado, el análisis de este mercado derivado será respecto a productos o servicios que proporcionen recursos alternativos o respecto al uso de medios diferentes para lograr resultados comparables. A este respecto es de notar que el Tribunal de Justicia en el asunto *Bronner*, primero mantuvo que el mercado de la distribución a domicilio de periódicos era un mercado distinto en el que Mediaprint era dominante, pero después encontró que existían sustitutos a tal sistema de distribución (aunque de una calidad inferior¹¹⁷⁴) y, por lo tanto, la red de distribución no era esencial¹¹⁷⁵.

¹¹⁷² Por lo tanto, para DOHERTY, si la empresa cuyo producto es esencial no está presente en el mercado derivado, entonces no se produce un abuso. Para este autor se deben dar tres requisitos: -que el mercado derivado es aquel en el que será eliminada la competencia que ejerce el rival en cuestión; -la empresa dominante tiene que tener, cuanto menos, una posición fuerte en el mercado derivado; -debe existir un estrangulamiento genuino de la competencia en el mercado derivado. Asimismo, la negativa deberá afectar no solo al competidor en cuestión, sino también a la competencia potencial.

¹¹⁷³ Es decir, si una variación en el precio de los bienes/productos que genera el recurso esencial hace que los consumidores los reemplacen por otros bienes/productos no generados por el recurso esencial sino por otra fuente alternativa. Si los consumidores no se desplazan a estos últimos bienes/servicios o no existen, es más probable que el recurso sea esencial.

¹¹⁷⁴ Recordemos del capítulo anterior (en el epígrafe III- 2.2): “...si otras formas de distribución de diarios, como la venta en comercios y quioscos o la entrega por correo son suficientemente intercambiables con ellos para que deban también tenerse en cuenta, además de la posible existencia de sistemas regionales de reparto a domicilio.”

¹¹⁷⁵ GIPPINI-FOURNIER, E.: “Essential Facilities y aplicación del art. 82 TCE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia *Bronner*” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 2000, nº 205, enero/feb., pp. 77-95.

De lo que se deduce que no existe un deber de suministro/acceso si el mercado derivado es competitivo, aunque haya capacidad de sobra para proporcionar acceso al recurso esencial. Por lo tanto, si el mercado derivado es competitivo, el acceso al recurso esencial en cuestión no es una barrera a la entrada, y así la negativa de acceso no constituye un abuso. Ahora bien, si el dueño del recurso tiene también una posición dominante en el mercado derivado, entonces la negativa de acceso al recurso esencial puede generar un cierre de mercado o es una estrategia para subir los precios a los competidores. Para algunos autores, si no se puede identificar una posición de dominio en el mercado derivado, entonces el acceso al recurso esencial no es problema, puesto que existe una relación funcional entre la competencia en el mercado derivado y el acceso al insumo o *input*¹¹⁷⁶.

Ahora bien, esta argumentación falla en los casos de monopolización, en que una empresa dominante quiere extender o reforzar su poder en un mercado derivado, incluso en asuntos como *Commercial Solvents*, *Ladbroke*, *Telemarketing* y *Microsoft*, en los que la empresa dominante no estaba ni presente en el mercado derivado al que pretendía entrar.

- Factores a tener en cuenta

Asimismo, no puede exigirse a las empresas dominantes reducir o reorganizar sus actividades existentes, a menos que pueda esperarse como resultado un aumento identificable en la competencia¹¹⁷⁷. De este modo, si el mercado derivado es competitivo y existe un número de competidores en el mismo, la negativa de suministrar a uno más no tendrá un efecto importante en la competencia, incluso si hay capacidad de sobra, a menos que la empresa que busca el acceso/suministro pueda demostrar que aportará una nueva clase de producto o servicio, o que está siendo discriminado con el fin de que no compita fuertemente o incluso se trata de casos de negativa de suministro selectiva.

Respecto al requisito de que la negativa a contratar conduzca o probablemente lleve a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado secundario de manera que perjudique al consumidor a largo plazo, no significa que toda la competencia debe ser

¹¹⁷⁶ Argumentación de CASTALDO, A. y NICITA, A. en “Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy”, *Review of Law and Economics*, (2007), 3:1, pp. 83 a 108.

¹¹⁷⁷ Es necesario también valorar si la capacidad que el propietario del recurso reclama para negar el acceso/suministro es totalmente utilizada, no está de hecho utilizada o se usa ineficientemente, o si el uso aparente responde a necesidades reales o si el propósito de ciertos contratos a largo plazo es primordialmente hacer que el recurso no esté disponible para nuevos entrantes.

eliminada en conjunto, sino que la competencia efectiva será significativamente disminuida o eliminada.

El perjuicio a largo plazo del consumidor, en general, es solo probable que ocurra si el producto o servicio en cuestión es esencial para que los clientes puedan competir eficazmente en un mercado secundario. Típicamente, la inquietud de la Comisión se centra en que la negativa conduzca al perjuicio del consumidor en el mercado secundario a través del cierre del input (denominado '*input foreclosure*'). A su vez, el cierre del mercado secundario puede conducir también al cierre anticompetitivo en el mercado primario del input denegado. En otras palabras, la negativa de suministro puede producir barreras a la entrada también en el mercado primario e impedir cualquier competencia en el mismo, lo que tendrá efectos anticompetitivos otra vez en el mercado secundario si, como resultado, los rivales de la empresa han de enfrentarse a precios más altos del input (al no tener presión competitiva para subir los precios) y, por lo tanto, los competidores se verán forzados a tener que establecer precios de su output más altos.

En algunos casos, es obvio que no se producirá un impacto adverso a los incentivos de la empresa dominante de innovación con la imposición de una obligación de contratar, notablemente cuando su posición de mercado en el mercado primario se ha desarrollado bajo la protección de derechos especiales o exclusivos o ha sido financiada por el Estado ya que la propiedad no ha sido adquirida por la empresa dominante a un precio que refleje su verdadero valor de mercado¹¹⁷⁸.

- Posición de dominio en el mercado derivado

Volviendo a la cuestión de que si el dueño del recurso debe tener poder de mercado en el mercado derivado (no solo estar presente) para poder aplicar la DRE/EFD, así lo estimó el Abogado General Jacobs en el asunto *Bronner*. TEMPLE LANG J. dice que “se aplicará la DRE/EFD cuando el dueño de un recurso esencial *es probable* que obtenga una posición dominante”. Esta opinión confirmaría que la DRE/EFD tiende a prevenir la monopolización en el sentido del Sherman Act (Sección 2).

Ahora bien, respecto a lo dicho hasta ahora respecto a la necesidad de la presencia de la empresa dominante en el mercado derivado, y que además ostente, como mínimo, un

¹¹⁷⁸ OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs (Competition Committee), “Refusals to deal”, DAF/COMP (2007) 46, 03-Sep-2009, pág. 203.

cierto poder en el mismo, es un requisito que necesariamente se dará en una situación de monopolización o de apalancamiento de mercados, ya sea para mantener y reforzar su posición de dominio que extiende al mercado secundario, ya sea porque se integra verticalmente¹¹⁷⁹ entrando por primera vez al mercado derivado para competir usando el poder de dominio que tiene en el mercado anterior (como por ejemplo sucedió en *Commercial Solvents* y en *Microsoft*).¹¹⁸⁰

- Consecuencias del análisis

Volviendo sobre nuestros pasos, ¿se aplicará la DRE/EFD si el propietario del recurso no está presente en el mercado derivado? En el asunto *Bronner* no se planteó esta cuestión. En el asunto *Aéroport de Paris*¹¹⁸¹ el propietario del recurso no estaba presente en el mercado derivado, lo que, además, no le sirvió de argumento para justificar su conducta, que se declaró abusiva.

Las consecuencias son dos:

- Pues bien, si la empresa dominante solo se encuentra en el mercado donde se sitúa el recurso esencial y no está presente también en el mercado derivado, esto significa que es un distribuidor o cliente, pero no competidor, lo que podría llevarnos entonces a la teoría del contratante obligatorio o posición de dominio relativa¹¹⁸². Si la empresa dominante usa su posición de dominio en el mercado del recurso esencial para extender/apalancar esa posición entrando en otro mercado, estamos ante un apalancamiento de mercados o un intento de monopolización de otro mercado. Pero si una empresa solicita su acceso o suministro al propietario de un recurso esencial, sin estar éste presente en el mercado derivado donde se encuentran sus clientes, entonces no debería darse un conflicto de intereses para la empresa dominante, y por tanto, se tratará de un abuso no contra los competidores sino contra los clientes (o suministradores), aplicándose entonces la teoría del contratante obligatorio, aunque si tiene la entidad suficiente para afectar a la

¹¹⁷⁹ Véase sobre la posibilidad de la integración vertical de la empresa dominante el parr. 18 de la Comunicación “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”.

¹¹⁸⁰ KEZSBOM, A. y GOLDMAN, A.V.: “No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the ‘Essential Facilities’ Doctrine,” 1996 (vol. 1) *Columbia Business Law Review* 145, pag. 10, dicen que las empresas no tienen que ser competidoras directas, sino que son competidoras si están en la misma línea de negocio.

¹¹⁸¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2000, asunto T-128/98, *Aéroports de Paris contra Comisión*, Rec. 2000 pág. II-3929, con motivo de la Decisión 98/513/CE de la Comisión de 11 de junio de 1998 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CE (IV/35.613 - *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*), DO L 230 de 18.8.1998, p. 10/27.

¹¹⁸² Que hemos visto en el cap. III, epígrafe IV- 4.

competencia en general como (proceso competitivo) será declarada como abuso anticompetitivo.

Respecto a los casos en los que se ha aplicado la DRE/EFD cuando no se trataba de un apalancamiento de mercados en sentido estricto, TEMPLE LANG, J. escribe que “el deber de suministrar a un cliente o distribuidor puede ser menos estricto que el deber de suministrar a un competidor”. De hecho, este autor excluye a los distribuidores de los beneficios del deber de acceso/suministro, cuando la negativa a vender a un distribuidor particular (o a suministrar a un cliente en particular) no tiene un efecto significativo en la competencia. Así sucede en la legislación USA, donde no se exige/compele a la empresa dominante tratar o dar acceso a empresas no competidoras (este tipo de abusos, generalmente explotativos, se tratan en su normativa sobre prácticas desleales¹¹⁸³).

- Sin embargo, no hemos de pasar por alto un detalle importante en los casos analizados, la intención de la empresa dominante de monopolizar o apalancar su posición dominante a un mercado relacionado, en el cual, hasta el momento, no había estado presente. Y que precisamente por el cierre del input o recurso esencial que se reserva únicamente para sí misma, entra en el mercado derivado por primera vez como competidor de la empresa a la que ha interrumpido el suministro o negado el acceso. En realidad, la empresa dominante se configura como una significativa competencia potencial en el mercado derivado.

Si bien no hemos de olvidar que la monopolización o intento de monopolización se castiga en el Derecho de antitrust norteamericano, pero no se recoge en el Derecho de Competencia de la Unión, que solo castiga los abusos *ex post*, una vez se ha producido un perjuicio importante a la competencia y no solo a un competidor. Puesto que en el apalancamiento de mercados o monopolización se valora la proyección futura de la empresa dominante sobre la competencia en un mercado al que acaba de entrar o tiene intención de hacerlo se constituye en una figura que viene, en cierto modo, a suplir una laguna en la legislación comunitaria bajo el art. 102 TCE, porque acercándose a lo que establece la Sección 2 del Sherman Act americano¹¹⁸⁴, viene a prevenir situaciones de

¹¹⁸³ Este tipo de prácticas desleales se tratan en la legislación USA bajo la Sección 5 del Federal Trade Commission Act, captando así conductas que no pueden castigarse bajo el Sherman Act.

¹¹⁸⁴ Aunque a lo largo de este trabajo ya se ha hecho referencia a la Sección 2, dice literalmente: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce

extensión de poder (o su intento de extender la posición de dominio) de un mercado a otro relacionado¹¹⁸⁵.

En relación con esta cuestión, RÖLLER dice que 'la conducta anticompetitiva que conduce a una posición dominante no puede ser castigada bajo el art. 102 (que actúa ex post), por lo que existe una laguna, ya que es precisamente la forma en que la posición de dominio es adquirida lo que importa a efectos económicos'¹¹⁸⁶. Prosigue este autor diciendo que este es el mismo enfoque para los casos de abusos explotativos en sectores en los que anteriormente existieron monopolios estatales; estas empresas no obtuvieron sus posiciones dominantes por mérito propio, sino en virtud de decisiones políticas, y puesto que la forma en que se adquiere la posición dominante importa, estas situaciones deben ser consideradas también como una laguna en la legislación, que trata de suplir la regulación en ocasiones.

- Síntesis del presente epígrafe

among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

¹¹⁸⁵ En la misma línea, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “La prohibición del abuso de posición dominante”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (director) *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 95-120, aunque entendiendo que el art. 82 cubre estas situaciones, dice que *se considera abusiva toda actuación cuyo objetivo sea mantener, reforzar o extender la posición de dominio*. Así en el caso *Continental Can* se declara que *es por ello susceptible de constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce esa posición hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado impediría sustancialmente la competencia ... el problema evocado por los recurrentes de nexo de causalidad que, según ellos, debería existir entre la posición dominante y su explotación abusiva, no presenta interés, al poder ser abusivo y prohibido por el art. 82 el reforzamiento de la posición detentada por la empresa, cualesquiera que sean los medios o procedimientos usados a tal efecto, desde el momento en que tuviera los efectos anteriormente descritos*, (Fundamentos de Derecho 26 y 27). Lo que se confirma en la sentencia *Hoffman/La Roche* de 13 febrero de 1979 (caso 85/76) cuando dice que *la noción de explotación abusiva es una noción objetiva que contempla las actuaciones de una empresa en posición dominante que por su naturaleza pueden influir en la estructura de un mercado...* (Fundamento de Derecho 91). Que el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que no necesita de un nexo de causalidad también queda confirmado en la STJCE de 3 de julio de 1991 en el caso *Azko*. Y más recientemente en la STJCE de 16 de marzo de 2000, caso *Compagnie Maritime Belge* declara que *está claro, que en determinadas circunstancias, el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce dicha posición hasta el punto que el grado de dominación así alcanzado obstaculice sustancialmente la competencia puede constituir un abuso*.

¹¹⁸⁶ Röller, L.H.: “A Reformed Approach to Article 82 EC”, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, European University Institute, Florence, Junio 2007. Este autor define el abuso explotativo como la adquisición de dominación como resultado de un abuso excluyente. Sucede porque la autoridad de competencia no detectó la conducta abusiva excluyente o no fue efectivamente perseguida o existía incertidumbre respecto al efecto que llegaría o no a causar.

1. La falta de conceptualización, sistematización y clasificación de esta doctrina conduce a identificar, en general, todos los casos de recursos esenciales como de apalancamiento de mercados conforme al caso *Bronner*, que se ha venido a identificar como el modelo o guía en la aplicación de esta doctrina. Y con ello, esta visión -tradicional- en la aplicación de esta doctrina conlleva la existencia de dos mercados, uno, que se define por la posición de dominio de la empresa dominante y donde se sitúa por ello el recurso esencial, y, dos, el mercado relacionado donde se despliegan los efectos anti-competitivos y donde también debe estar presente la empresa dominante como competidor e incluso tener un significativo poder de mercado. Planteamiento que falla cuando se trata del acceso a un mercado de nueva creación para el que existe una demanda potencial, donde, por tanto, no está presente ni la empresa dominante ni el nuevo competidor, y que se ha tratado de resolver por la jurisprudencia con la creación artificial de un mercado derivado hipotético.
2. Esta visión pronto demuestra su insuficiencia cuando la misma empresa dominante no está presente en el mercado relacionado si bien ostenta la titularidad o gestión de un recurso esencial. Con dos posibilidades. O bien porque la empresa dominante no es competidora en el mercado relacionado en el que, por tanto, solo existirán clientes o proveedores. O bien porque no se ha considerado la posibilidad que la empresa dominante se configure como un *competidor potencial* pero con la intención de entrar al mercado derivado o acaba de hacerlo y monopolizarlo excluyendo a los competidores existentes.
3. También ante recursos esenciales se producen casos de discriminación a cierto/s competidor/es en desventaja con el resto de los competidores. Pues bien, esta discriminación puede darse en el mismo mercado de acceso al recurso, sin necesidad de explicar una vinculación vertical de un mercado derivado, (que puede darse o no). Puesto que los competidores se sitúan en dicho mercado horizontalmente, dicha discriminación puede incluso desembocar en una posición dominante colectiva si actúan como una única unidad empresarial en la esfera del art. 102 TFUE, o, si implica un acuerdo o práctica concertada, tratarse de prácticas colusorias dentro del marco del art. 101 TFUE¹¹⁸⁷, (como por ejemplo en acuerdo MCN y el asunto ENS, analizados en el capítulo IV, epígrafe V- 1.)

¹¹⁸⁷ WEATHERILL, S.: *Cases & Materials on EU Law*, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pág. 504, dice que “siendo el art. 101 TFUE inadecuado como método para controlar oligopolios, la Comisión se vio tentada de moverse en la dirección de tratar las empresas incursas en un oligopolio como colectivamente dominantes y sujetas al control del art. 102 TFUE. Por ello, la Comisión ha sufrido importantes reveses legales y económicos al tratar de desarrollar

IV. JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DE LA EMPRESA DOMINANTE

Esta cuestión, que es más sencilla en su planteamiento, encuentra su dificultad a la hora de determinar y verificar las razones y conductas aparejadas que pueden justificar una negativa de acceso. Incluso puede implicar una inversión de la carga de la prueba, ya que en presencia de un recurso esencial, a) queda para el propietario o gestor del recurso demostrar que su negativa de acceso a otras empresas está justificada, b) de acuerdo con criterios objetivos, y sujeto a control administrativo, por las autoridades de competencia, y judicial. Por lo tanto, la posición del competidor que requiere el acceso es doblemente ventajosa, a través de la inversión de la carga de la prueba y, el hecho de que la libertad del dueño del recurso está limitada en referencia a criterios objetivos.

Aun queda al competidor, sin embargo, demostrar que el recurso es, en verdad, esencial¹¹⁸⁸, lo que tampoco es fácil, sobre todo tras el asunto *Bronner*, cuyo tercer requisito es precisamente la falta de una justificación objetiva para denegar el acceso.

La justificación objetiva es el área que menos ha sido abordada por la Jurisprudencia. El TJCE ha reconocido inequívocamente “la importancia de salvaguardar la libertad de empresa en la aplicación de las reglas de competencia del Tratado”¹¹⁸⁹, ya que el resultado de los casos sobre negativa de suministro demuestra la imposición de una fuerte carga sobre las empresas dominantes. Por otra parte, cuanto mayor es el efecto en la competencia, mas difícil de justificar es la negativa de acceso/suministro.

1. Diferentes justificaciones objetivas de la empresa dominante

Puede defenderse el argumento de que algunas empresas que buscan el acceso estarán ya en una posición de poder obtener por sí mismas un recurso alternativo. Sin embargo,

esta noción.” La razón por la que Weatherill dice esto es porque ni uno ni otro artículo reflejan bien el paralelismo consciente en mercados oligopolistas. Ante verdaderos oligopolios, las empresas toman decisiones paralelas sin que existan acuerdos colusorios. Aun así, el resultado observable en el mercado será el mismo que si hubieran de verdad realizado dichos acuerdos. Cuestión que hemos analizado en el cap. III, epígrafe IV- 6. Véase también WHISH, R., *Competition Law* (Sexta edición, Oxford: OUP, 2009), cap. 14.

¹¹⁸⁸ La jurisprudencia requiere que el competidor demuestre con hechos específicos que la duplicabilidad del recurso es económicamente inviable o que la negativa de acceso perjudica gravemente su habilidad para competir.

¹¹⁸⁹ Véase el asunto T-41/96 *Bayer AG v Commission*, Rec. 2000, pág. II-3383.

las razones de por qué no, pueden ser físicas (e.j. un puerto), políticas (objeciones medioambientales) o económicas (economías de escala insuficientes). No es necesario tener que demostrar que se trata de un monopolio natural. Una empresa tiene un deber de garantizar el acceso a los competidores si es parte de su actividad comercial proveer esos servicios que los competidores necesitan. Una compañía integrada verticalmente no está necesariamente obligada a garantizar el acceso a un recurso que otras empresas desean usar si no está ofreciendo sus productos o servicios a ninguna empresa. Como ya hemos visto anteriormente, la clave parece ser si sus operaciones *upstream* y *downstream* son meramente parte de la misma actividad comercial o están separadas por naturaleza¹¹⁹⁰.

La justificación basada en la decisión de la compañía dominante de entrar ella misma a comerciar en el mercado secundario en el que no ha estado presente anteriormente no será, sin embargo, considerada una justificación objetiva para la negativa a contratar o suministrar a un cliente activo en ese mismo mercado secundario (como sucedió en el asunto *Commercial Solvents*).

También se han aportado justificaciones basadas en obligaciones de servicio público, que no han sido admitidas o se han tratado en el marco del art. 106 TFUE.

Por su parte, se entiende comúnmente que la propiedad intelectual merece una protección especial porque se eliminarían los incentivos a la creación e innovación si se obligara al inventor a compartir los frutos de sus investigaciones o de su creatividad. En la UE, desde el asunto *Volvo* en 1988, y posteriormente *Magill* (vistos en el capítulo anterior), está claro que la existencia de derechos de propiedad intelectual no es una defensa inquebrantable de la negativa de suministro/acceso, puesto que pueden existir circunstancias excepcionales en las que se exija al propietario de dichos derechos a garantizar licencias.

La Comisión en su Comunicación de 2009 “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” *considera que los consumidores pueden resultar perjudicados, cuando los competidores excluidos por la empresa dominante de resultados de la denegación se ven impedidos de lanzar al mercado bienes o servicios*

¹¹⁹⁰ OCDE: “The essential facilities concept”, *Roundtables on competition policy*, OCDE/GD(96)113, París 1996.

innovadores y cuando es probable que se frustre la innovación subsiguiente. Esto puede ocurrir concretamente si la empresa que pide el suministro no pretende limitarse esencialmente a ofertar los bienes o servicios ya ofertados por la empresa dominante en el mercado descendente, sino que se propone producir bienes o servicios nuevos o mejorados para los que existe una demanda potencial de los consumidores o que puedan contribuir al desarrollo técnico, (párr. 87).

Por su parte, LAO, M.¹¹⁹¹ afirma que permitir a un propietario de un derecho de propiedad intelectual, que ostenta un poder de monopolio en el mercado de la patente, a que deniegue el acceso a competidores en mercados complementarios eliminara la competencia y reducirá la innovación, y con ello, la posibilidad de elección de los consumidores en dichos mercados complementarios, los cuales acabarían dominados por una sola empresa monopolista. A largo plazo, tal interpretación expansiva de los derechos de propiedad intelectual únicamente disminuirá, no mejorará, la innovación en mercados complementarios.

También es una causa a valorar, las fuertes inversiones que requieren una importante financiación, como en los asuntos *Eurotúnel*, *Eurostar* y *ENS* (analizados en el capítulo anterior), en los que entre otras razones para inadmitir la obligación de suministro, se valoraron las fuertes inversiones de capital en el desarrollo de la infraestructura o en la compra de equipamiento para la infraestructura.

2. La justificación por razones comerciales

Si bien, el enfoque del TJCE en el marco del art. 102 TFUE, al imponer una fuerte obligación en la empresa dominante de justificar su negativa, es similar al enfoque americano en presencia de recursos genuinamente esenciales¹¹⁹², una diferencia entre la Jurisprudencia americana y la comunitaria es la actitud distinta respecto a las posibles justificaciones comerciales legítimas. Los tribunales en USA han declarado que si la empresa puede aportar una justificación comercial legítima que pueda persuadir a los tribunales, éstos no exigirán el deber de acceso. Lo que es contrario a como se ha ido desarrollando esta cuestión en la jurisprudencia UE.

¹¹⁹¹ LAO, M.: "Unilateral Refusals to Sell or License Intellectual Property and the Antitrust Duty to Deal", 9 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 193, (1999), pág. 218.

¹¹⁹² VENIT & KALLAUGHER, pp. 315, 317.

De este modo, el resultado del caso *United Brands* demuestra que “una empresa dominante puede infringir el art. 82 negándose (incluso) a suministrar en respuesta a la apreciación de una amenaza contra sus intereses comerciales”. Se admitió “la posibilidad de contra-atacar, que es aceptable, pero esta respuesta debe, aun, ser proporcionada a la amenaza, tomando en cuenta la fuerza económica de cada empresa enfrentada” (párrafo 190).

WHISH¹¹⁹³ dice que “las empresas dominantes deben tener presente que han de justificar cualquier negativa de suministro/acceso. No es suficiente que la negativa fuera lo mejor para los intereses comerciales de la misma empresa; debe ser objetivamente justificada si se quiere evitar la imposición del art. 82.”

En este sentido, habrían de demostrarse efectivamente razones tales como que el propietario del recurso es más eficiente que el competidor; la reducción del valor del recurso debido al acceso; que la reputación de la empresa dominante o la calidad pueden resentirse por el acceso; la reducción de la eficiencia por parte de los competidores *downstream*, al acceder al recurso más competidores, como por ejemplo por la interferencia con los estándares técnicos o de seguridad, por problemas de interoperabilidad o que causen problemas de congestión en el recurso.

Dentro de la justificación por razones comerciales, se incluiría que la empresa quiera aprovechar las ventajas de su estructura de integración vertical, por ejemplo, de las economías de escala que le proporciona. TEMPLE LANG, J. estima que la Comisión ha adoptado informalmente la posición de que el dueño de un recurso obtenga estas ventajas de economías de escala a través de la construcción de varias instalaciones nuevas, pero negándose a permitir a un competidor *downstream* desarrollar una única instalación para su propio uso en los terrenos propiedad de la empresa dominante.

3. La justificación por falta de capacidad de la instalación o recurso

Ahora bien, existe una diferencia importante entre el deber de alterar el *status quo* y el deber de simplemente dar acceso. Se reconoce, en general, que una empresa dominante no tiene el deber de alterar la situación existente para facilitar el acceso al recurso. Aumentar la capacidad de una instalación puede ser enormemente caro (como por ejemplo, expandir un puerto o construir una nueva planta de fabricación) y en principio,

¹¹⁹³ WHISH, R.: “Recent developments in Community competition law” en *ELRev*, 2000, vol. 25, n° 3, junio, pág. 619.

no deben exigirse tales inversiones. Es difícil trazar una línea clara de los sacrificios económicos que el Derecho de la Competencia puede legítimamente imponer y aquellos que no¹¹⁹⁴.

Debe distinguirse las siguientes circunstancias:

- Puede garantizarse el acceso a un número ilimitado de competidores cuando el recurso no está totalmente utilizado o por su naturaleza la capacidad es ilimitada (por e.j. internet). Los inconvenientes de la obligación de acceso son mínimos y justificar la negativa es difícil.
- Si el recurso ya está totalmente utilizado, no habría (o muy poco) aumento de competencia si se exige a todas las empresas reducir sus operaciones lo suficiente para permitir a otro competidor ofrecer la misma clase de producto o servicio. En consecuencia, el acceso no debería exigirse, a no ser que la nueva empresa aportara un nuevo servicio no ofrecido antes. Este argumento se debe parcialmente a razones económicas y a razones de proporcionalidad: no se debe ejercer oficialmente presión si con el acceso se causarían pérdidas o inconveniencias fuera de proporción al objetivo a obtener.
- El dueño del recurso alega que está usando totalmente la capacidad existente. Si además está integrado y es dominante en las operaciones *downstream*, debe averiguarse si la capacidad no está siendo de hecho utilizada ineficientemente (-la capacidad real puede ser incrementada con un uso más eficiente sin tener que realizar nuevas inversiones-) y/o si el uso aparente no se está llevando a cabo realmente y lo cierto es que la capacidad no está siendo utilizada, de este modo para hacerla indisponible a los nuevos operadores. Cualquier acuerdo en este sentido con otros usuarios para denegar acceso a nuevas empresas, será contrario además, como práctica colusoria, al art. 101 TFUE.

Puede ser necesario racionar la capacidad existente en el caso de la llegada de un nuevo entrante, lo que podría justificar la interrupción de suministro a competidores existentes. TEMPLE LANG, J. refiriéndose a los casos en que la infraestructura portuaria es considerada un recurso esencial vistos en el capítulo anterior, sugiere que las autoridades portuarias no tienen un deber de expandir el puerto, pero deben de algún modo elegir un número máximo de operadores de ferry a los que se pueda servir

¹¹⁹⁴ No así para la regulación; un ejemplo sería el acceso al mercado de los servicios relacionados ferroviarios (analizado en el capítulo anterior, epígrafe V- 3), que el antiguo monopolio ha de proporcionar a sus clientes y competidores, pues no existen alternativas a los mismos en un mercado que se acaba de liberalizar.

eficientemente y de ahí racionar la capacidad disponible entre ellos. La empresa dominante no debe favorecer sus propias operaciones, pero debe encontrar un modo no discriminatorio de decidir a quién puede garantizar sus servicios, lo que, en definitiva, permite a la empresa dominante a decidir quiénes serán sus competidores; incluso si trata de ser justa, puede que haya ocasiones en que no adopte una postura objetiva para decidir que operadores serán perjudicados.

En cualquier caso, debe tenerse presente que si los propietarios del recurso deben hacer inversiones excesivas para igualar a la demanda, esto reducirá el incentivo de que cualquier empresa quiera entrar al mercado a ofrecer productos o servicios similares, es decir, si va a acabar teniendo que realizar también fuertes inversiones para facilitar el acceso a sus competidores.

En la Decisión de *Puerto de Rodby*¹¹⁹⁵, la Comisión rechazó, basándose en los hechos, el argumento de que, al darse acceso a un nuevo competidor, con ello se estaría evitando que los usuarios existentes pudieran expandir sus actividades, porque en cualquier caso, no tenían un derecho garantizado para dicha expansión a menos que sus contratos de acceso hubieran previsto expresamente dicha expansión, pero tal provisión podría ser, si fuera ilógicamente amplia o establecida para mucho tiempo, entendida como excluyente de otros competidores. En este asunto, la Comisión también rechazó el argumento aducido de que la competencia no se incrementaría por la entrada del nuevo competidor porque el puerto no podía alojar más movimientos de otros barcos. La Comisión sugirió entonces que la competencia en la calidad del servicio aun era posible, y rechazó los argumentos de la autoridad portuaria de este modo.

Como vemos, cuando no hay capacidad o es insuficiente, la posición legal dependerá de los compromisos contractuales existentes. Cuando los contratos expiren, se debe dar una oportunidad a los nuevos operadores de competir, al menos cuando estos nuevos competidores sean necesarios para garantizar una competencia efectiva. Si el deber de dar acceso se limitase a las empresas ya existentes en el mercado, se crearía injustificadamente una categoría privilegiada de competidores, lo que privaría a los consumidores de lo que las nuevas empresas pudieran ofrecer. En el caso del sector ferroviario, el acceso requiere la adjudicación de horarios de llegada y salida y también

¹¹⁹⁵ Vista en el capítulo anterior, en el epígrafe IV- 3).

de periodos no operativos, el dueño de la infraestructura debe actuar como una empresa independiente y adjudicar el acceso sin discriminar a su favor o a favor de otros¹¹⁹⁶.

Ahora bien, la empresa nueva no puede obligar al dueño del recurso a que cambie las practicas establecidas en la industria, y tampoco puede exigir los mismos derechos que ya tienen los competidores existentes. Si se realizan nuevas inversiones para dar acceso a nuevos competidores, el coste debe traspasarse a todos los usuarios de modo no discriminatorio; ahora bien, si esa inversión repercute solo para el uso del nuevo operador, este deberá soportar el coste directa o indirectamente. Cosa distinta es que cuando ya se ha amortizado por completo una nueva instalación, sería discriminatorio hacer que el nuevo operador soportara una parte desproporcionada del coste, ya que meramente depende del momento en el que ha obtenido el acceso.

4. La justificación por razones de precios

El deber de acceso no priva a una compañía dominante de los bondades de ser propietaria del recurso esencial, incluyendo obtener beneficios. Se protegen los intereses legítimos del dueño del recurso a través de la imposición de una tarifa o canon de acceso y otros términos y condiciones que sean justos y razonables. Para la fijación de este canon se tendrán en cuenta los requisitos de capacidad actuales y de futuro del propietario, e incluso puede tenerse en cuenta la probabilidad de que la imposición del acceso pueda detenerle de realizar las inversiones necesarias en la infraestructura.¹¹⁹⁷

¹¹⁹⁶ Véase la Directiva 2001/14, analizada en el primer capítulo, la sección relativa a la “Adjudicación de capacidad de infraestructura” (arts. 13 a 29) que habrá de adjudicarse *de manera justa y no discriminatoria y de conformidad con el Derecho comunitario*. Véase en especial el art. 22 relativo a la infraestructura congestionada y art. 26 que establece el Plan de aumento de la capacidad. Particularmente significativo respecto a la reserva de capacidad en caso de solicitud por nuevos entrantes es el art. 23-2: “En caso necesario, los administradores de infraestructuras evaluarán la necesidad de disponer de una reserva de capacidad dentro del ámbito del horario de servicio definitivo, a fin de poder responder con rapidez a las solicitudes específicas de capacidad. Esto será aplicable también en los casos de infraestructura congestionada.” También es interesante el art 27-1, ya que impone la devolución de los derechos adquiridos por una infrautilización de los mismos: “En particular, en el caso de infraestructuras congestionadas, el administrador deberá exigir la cesión de las franjas ferroviarias que, en un período de al menos un mes, hayan sido utilizadas menos que la cuota asignada que se establezca en la declaración sobre la red, salvo que se deba a causas no económicas ajenas al control de los operadores.” También se recoge lo mismo, ya que se trata de una refundición de los paquetes ferroviarios, en la nueva Propuesta de Directiva por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, COM(2010) 475.

¹¹⁹⁷ Véase el epígrafe VI- 5: “La falta de incentivación de la empresa dominante. Los contratos plurianuales en el sector ferroviario”, mas adelante.

El A.G. Jacobs dice en sus Conclusiones respecto al asunto *Bronner*, párr. 64: “de imponerse a la empresa esta obligación, entendiendo que debería resarcírsela enteramente permitiéndole a un tiempo destinar una parte importante de sus gastos de inversión al suministro y rentabilizar adecuadamente su inversión en relación el riesgo en que ha incurrido.”

Establecer un precio justo de acceso/suministro no es tarea fácil, especialmente si el producto o servicio solo procede de una fuente y no hay otros factores de comparación. Lo que a veces puede implicar que el tribunal o la autoridad de competencia acaben valorando cuestiones económicas, para las que no siempre estarán capacitados, como hemos visto en el capítulo II.

Una de las críticas que se hace respecto a las Decisiones de la Comisión que invocaban la DRE/EFD es que no ofrecen reglas claras sobre los precios a aplicar. Así, tanto en el caso *Sealink* como en otras Decisiones, cuando se llega a la cuestión espinosa de los términos de acceso, la Comisión indica que ‘los precios de acceso deben ser justos y no discriminatorios’¹¹⁹⁸. El problema puede resolverse cuando hay una tarifa o canon identificable en relación con la empresa dominante, por ejemplo, si ha fijado un precio interno de sus propias operaciones *downstream*. En tal situación, se puede exigir que aplique el mismo precio externamente a los competidores.

La Comisión se ha defendido indicando que normalmente en su práctica de toma de decisiones no controla o condena el nivel de precios que una empresa dominante debe imponer. Examina el comportamiento de la empresa dominante diseñado a preservar su posición de dominio, usualmente en contra de sus competidores o nuevos entrantes, y lo que se pretende es la protección de las fuerzas competitivas en el mercado, ya que generalmente traerán consigo una competencia efectiva y el nivel de precios asociada con ella¹¹⁹⁹. No es tarea de la Comisión decidir o el nivel de precios o qué criterios deben gobernar el cómo la empresa dominante fije sus propios precios; es su deber, sin

¹¹⁹⁸ Como hemos visto en la nota al pie 103 anterior en relación a la Directiva 2001/14 respecto a la “adjudicación de capacidad y fijación del canon de acceso a la infraestructura ferroviaria”, también se añade “*y de conformidad con el Derecho comunitario*”, lo que por una parte hace referencia al principio de universalidad del Tratado, y por ello, al control del Derecho de la Competencia. Sobre este último aspecto véase el capítulo II, epígrafe III, respecto a la función de control del Derecho de la Competencia.

¹¹⁹⁹ Por ejemplo, el caso *GVG c/ DB* (visto en el cap. IV, epígrafe V- 1), como así lo indica el Vigésimo Cuarto Informe la política de Competencia de 1994, párr. 210.

embargo, asegurar que son aplicados de forma objetiva y no-discriminatoria¹²⁰⁰. La cuestión de quién fija el precio de acceso no es tan importante como el reconocimiento de su dificultad inherente.

Aun así, los precios netos de la empresa dominante respecto a sus operaciones integradas no deben ser menores que los que impone a sus competidores. El art. 102 (a) TFUE expresamente prohíbe a una empresa dominante ‘imponer precios u otras condiciones de transacción no equitativas’, incluyéndose, entonces, precios demasiado bajos que son excluyentes (esto es, por debajo de los costes) y precios altos que son explotativos¹²⁰¹. Para determinar si una empresa dominante está imponiendo condiciones no equitativas, el Tribunal en alguna ocasión ha comparado las tarifas de la empresa dominante con aquellas aplicadas por empresas similares en otros Estados miembros; si éstas son significativamente más altas, sin una justificación objetiva, la imposición de tales tarifas infringe el art. 102 TFUE.

V. CATEGORIZACIÓN DE LA EFD

El amplio principio por el que se impone una obligación de suministro o acceso cuando en un mercado la negativa de suministro o acceso (*‘refusal to supply’* o *‘refusal to deal’*) provoca efectos negativos, significativos e injustificados en la competencia, inicialmente hizo innecesario el desarrollo de una categoría especial para los casos de recursos esenciales.

Por ello, se plantea si el concepto de recursos esenciales puede ser meramente útil para ciertos casos más que un método analítico. En pocas palabras, el principio en que se basa esta doctrina es que las empresas dominantes deben garantizar la disponibilidad de

¹²⁰⁰ El cap. II de la Directiva 2001/14 se dedica a los “cánones por la utilización de las infraestructuras” ferroviarias. Como hemos dicho, no es la Comisión la que fija estos cánones, aunque sí establece unos principios de tarificación en el art. 7. Como dice en su art. 4, corresponde a los Estados miembros crear un marco de tarificación y establecer reglas específicas de fijación de cánones o pueden delegar esos poderes en el administrador de infraestructuras. Pero es al administrador de infraestructuras a quien corresponde determinar el canon por el uso de infraestructuras, encargándose de su cobro.

¹²⁰¹ En el caso C-179/90 *Mercati Convenzionali Port of Genoa*, Rec. 1991 pág. I-5889, el Tribunal consideró que las siguientes clases de comportamiento en la fijación de los precios (que en este caso resultaban del ejercicio de derechos exclusivos garantizados a una empresa por un Estado miembro) podían ser ilegales bajo el art. 82: exigiendo pagos por servicios que no se necesitaban; o fijando precios excesivos; o negándose a usar tecnología moderna (si resulta en costes más altos para los clientes y prolonga la duración del servicio); o extendiendo “reducciones de precios a algunos usuarios compensando estas reducciones con un aumento de los precios impuestos a otros usuarios”.

recursos cuando éstos son esenciales para que los competidores puedan competir. Una vez vistos en el capítulo anterior los diferentes ejemplos que nos muestra la jurisprudencia, vamos a tratar de responder a la cuestión de si la DRE/EFD constituye un método analítico independiente al hilo de su categorización. El análisis de las diferentes clases de abusos que se pueden dar dentro de la negativa de suministro o acceso, y el método empleado o las características que se exigen para considerar que se ha producido dicho abuso, nos acercará a valorar si la DRE/EFD aun siendo una subcategoría de la negativa de suministro tiene entidad propia. Evidentemente, en todo caso de recursos esenciales hay una denegación de suministro o acceso al mismo. Pero ¿interesan al Derecho de la Competencia las denegaciones de suministro de servicios o productos que no sean esenciales?

Brevemente indicaré las diferentes subcategorías principales establecidas por la doctrina americana para contextualizar adecuadamente el estudio de este aspecto de la DRE/EFD y que nos servirá como *benchmarking* respecto a la doctrina europea, que se verá en el epígrafe siguiente.

1. Doctrina americana

En la doctrina americana algunos autores categorizan los casos de "essential facilities"¹²⁰² como una subcategoría de casos de negativa de suministro, constituyendo los otros dos tipos, el apalancamiento de mercados (*market leveraging*) y los casos de intención excluyente o cierre de mercado (*market foreclosure*). Sin embargo, lo que en el fondo se debate es si la DRE/EFD forma parte de las dos tradicionales categorías anteriores o forma un concepto independiente.

HANCHER, L.¹²⁰³ explica respecto al derecho americano que en una negativa de trato/acceso se pueden dar dos tipos de casos en línea con la aplicación o bien del test de intención o bien del test de apalancamiento de mercados. Bajo el test de la intención, la negativa de trato se hace con la intención de eliminar la competencia, es decir, se ha de producir un efecto excluyente en el mercado monopolizado como consecuencia de la conducta, nos centramos en el mercado en el que la empresa en examen posee poder de monopolio. Bajo el test de apalancamiento de mercados, el monopolista usa su poder de

¹²⁰² También llamada en el Derecho norte-americano la doctrina del '*bottleneck monopoly*'.

¹²⁰³ HANCHER, L.: "Case Law: Court of Justice (Oscar Bronner v. Mediaprint), CMLR 36, 1999, pág. 1302.

monopolio en un mercado para ganar una ventaja competitiva en otro, aunque no tenga intención de monopolizar el segundo mercado, aquí nos centramos en las ventajas a ganar en el mercado relacionado.

Claramente, la existencia de una tercera categoría de casos en línea con la aplicación del test de la esencialidad de un recurso, tiene defensores y detractores.

Sorprendentemente parece también entender esta categorización el Abogado General Jacobs en el asunto *Bronner*: “...los órganos jurisdiccionales americanos han afirmado que existe una obligación de contratar en los supuestos de la aplicación de la doctrina de las «essential facilities» o cuando una empresa ejerce en un mercado un poder monopolístico para dominar a otra por unos medios contrarios a la competencia («leveraging») o cuando una negativa a contratar tiene por objeto eliminar la competencia y crear un monopolio.”

Por su parte, KEZSBOM, A. y GOLDMAN, A.V., situando a la DRE/EFD en el marco de la Secc. 2 del Sherman Act¹²⁰⁴, también admiten esta clasificación¹²⁰⁵, y dicen que no debe confundirse la DRE/EFD con los casos de apalancamiento de mercados o *monopoly leveraging*¹²⁰⁶, ni usarse en los casos de monopolización o intento de monopolización

¹²⁰⁴ KEZSBOM, A. y GOLDMAN, A.V.: “No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the ‘Essential Facilities’ Doctrine,” 1996 (vol. 1) *Columbia Business Law Review* 145. Como hemos visto, en el derecho americano algunos casos de EFD se han tratado bajo la Secc. 1 del Sherman Act, como negativas de acceso/trato concertadas, que implican un poder contractual conjunto para excluir competidores o también boycotts de grupo por parte de competidores. Dicen estos autores que estos casos no comprenden una EFD en puridad, donde una única empresa unilateralmente niega el acceso al recurso que controla sin el propósito de monopolizar ningún mercado. Más bien, en estos casos en el marco de la Sección 1 se trata de situaciones en las que los tribunales permitirán o no (bajo la regla de la razón) que un grupo de competidores acuerden y ejecuten un acuerdo exclusivo o que boicoteen conjuntamente a otros competidores.

¹²⁰⁵ Ibidem nota a pie anterior; A modo de ejemplo de la aceptación de esta clasificación, pongo de relieve que en la nota al pie 102 del artículo de revista de estos autores, estos autores citan el asunto *Consul Ltd. v. Transco Energy Co.*, 805 F.2d 490, 494 n.11 (4th Cir. 1986), cert. denied, 481 US 1050 (1987) en que el tribunal dice: “rechazando el argumento del demandante de que los casos de *essential facility*, *leveraging* y *market foreclosure* de la Sección 2 no tienen que ver con la definición del mercado”.

¹²⁰⁶ Siendo los casos de integración vertical en los que se ha aplicado principalmente la EFD y porque la EFD requiere, en principio, la existencia de dos mercados, es probable que se confundan con los de apalancamiento de mercados, y, en los casos de apalancamiento en que exista un recurso esencial, se solaparan ambas figuras. El apalancamiento de mercados es la extensión del poder de monopolio que se ostenta en un mercado a otro. DIEZ ESTELLA, F., “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las “essential facilities”, *Revista de Derecho Mercantil* n° 248 (2003) pp. 555-604, indica que los requisitos de la figura del apalancamiento de mercado son: posición de dominio en un mercado; uso de ese poder en un mercado distinto pero relacionado; y, que dicha conducta provoque un daño efectivo. También muy intimamente ligada a la figura de la EFD, y aunque distinta de ella no son excluyentes (e incluso desde mi punto de vista podran tambien solaparse), está la categoría de los acuerdos anudados o «tying-in contracts», a los que da cabida el apartado d) del art. 102. Esta categoría de

porque la mera negativa de acceso a un recurso esencial necesariamente implica intención de anticompetitividad, lo que supondría (si se usara la DRE/EFD en estos casos) no tener que probar que el monopolista intentó impropriamente aumentar su poder de mercado en el mercado derivado, es decir, sin requerirse prueba de dicha intención o del nivel real de efecto anticompetencia en el mercado relevante. En su opinión, como la Secc. 2 del Sherman Act recoge la monopolización y el intento de monopolización¹²⁰⁷, no es necesaria la DRE/EFD para la punición de esta conducta. En esta línea, los autores critican el asunto *MCI Communications*¹²⁰⁸ porque el tribunal asimila la DRE/EFD a un caso de *monopoly leveraging*, diciendo que tal figura ya está recogida también en el Sherman Act, ya que representa una adquisición intencionada de poder de monopolio en otro mercado. Es decir, un acto de monopolización. Recordemos que la Secc. 2 castiga la monopolización y el intento de monopolización.

FURSE, M.¹²⁰⁹ afirma en relación al asunto *Continental Can* en la Jurisprudencia europea que el mismo demuestra la diferencia entre el régimen americano y el europeo; en este asunto se dejó claro que la creación de una posición dominante no es condenada por el art. 102, solo su uso subsiguiente puede ser controlado.

Por su parte, Hovenkamp¹²¹⁰ identifica tres categorías principales de negativas de acceso o trato bajo la legislación antitrust: a) la negativa a suministrar dirigida hacia los competidores; b) negativas que implican integración vertical, *tying*, y restricción de

acuerdos anudados se da generalmente entre compañías horizontalmente integradas, que venden sus diferentes productos a sus clientes, los cuales se encuentran al mismo nivel de mercado o de distribución. No se trata, por tanto, de mercados a distinto nivel como en el supuesto del párrafo anterior, sino que en esencia, una empresa que disfruta de una posición dominante en la venta de un determinado producto pretende hacerse fuerte en el mercado de otro producto relacionado horizontalmente con el primero. Respecto a esta figura de *tying* o anudamiento, PADILLA & AHLBORN identifican las siguientes condiciones estructurales para que el anudamiento sea anticompetitivo: (1) poder de mercado en el mercado vinculante; (2) competencia imperfecta en el mercado anudado; (3) significativas economías de escala y alcance; (4) barreras a la entrada y re-entrada en el mercado vinculante y anudado; y (5) ausencia de poder del comprador. Dicen que estas condiciones estructurales no son demasiado difíciles de analizar empíricamente. Las prácticas unilaterales que tienen lugar en mercados donde se dan estas condiciones estructurales necesitaran pasar un segundo examen: un análisis para determinar si es probable que las prácticas en cuestión tengan efectos anticompetitivos.

¹²⁰⁷ No así el art. 102 TFUE.

¹²⁰⁸ Analizado en el cap. IV, epígrafe III-1.1. 5).

¹²⁰⁹ FURSE, M.: "The essential facilities doctrine in Community Law" en *ECLR*, 1995, vol. 16, nº 8, nov.-dic., (pag. 470), dice que en *Grinnel* (asunto *United States v. Grinnel Corp.* 384 US 563, 1966) el tribunal estableció una distinción entre 'la adquisición intencionada de poder de monopolio' y el monopolio que surge de la práctica comercial eficiente. Así, el término 'monopolización' es definido como el monopolio más algo más, esto es, monopolio más la intencionada y anticompetitiva adquisición o mantenimiento del poder de monopolio.

¹²¹⁰ Así lo indican respecto a Hovenkamp, CASTALDO, A. y NICITA, A., en "Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy", *REVIEW OF LAW AND ECONOMICS* 3:1, 2007, p. 86.

precios; y c) negativa de acceso a un recurso esencial. Aunque esta clasificación parece tener más bien una intención didáctica, ya que, como sabemos, los tres tipos que diferencia este autor vienen a ser lo mismo, puesto que las negativas de integración vertical siempre se dan contra los competidores y, asimismo, la negativa de acceso a un recurso esencial se da en los supuesto de integración vertical (aunque también pueda darse por empresas dominantes hacia sus clientes o proveedores).

2. Doctrina europea

De la clasificación en la doctrina americana, vemos que en general, los autores coinciden en que hay una subcategoría distinta para los casos de recursos esenciales, dependiendo las otras categorías del punto de vista desde el que se considere el abuso. También en el Derecho europeo el estudio de los tipos de abusos que puede ejercer una empresa dominante nos ayuda a considerar los requisitos necesarios en cada clasificación y consecuentemente distinguir entre esos diferentes tipos.

2.1. Clasificaciones basadas en los efectos en el mercado y en la intención de la empresa dominante

EILMANSBERGER, T.¹²¹¹ categoriza el comportamiento abusivo en dos grupos, ya dentro del Derecho de la Competencia comunitario:

- ***Market power leveraging abuses***: conductas que siendo abusivas en sí mismas, tienen el efecto de transferir o extender el poder de mercado a un mercado conexo. Se incluirían aquí la negativa de acceso/trato (*refusal to deal*) y el anudamiento o vinculación (*tying and bundling*). Implican la aplicación directa del art. 102 TFUE por el uso instrumental de la posición dominante en un mercado consiguiendo éxito comercial en otro mercado. El autor equipara la negativa de acceso a la DRE/EFD, definiéndola como la transferencia de poder de mercado a un producto o servicio¹²¹², que es un input necesario para el desarrollo de las actividades en un

¹²¹¹ En “How to distinguish good from bad competition under art. 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anticompetitive abuses”. *CMLR* 42 (1), febrero 2005, pp. 129-177.

¹²¹² Es muy interesante que diga la transferencia de poder de mercado ‘a un producto o servicio’, (el cual es input necesario en otro mercado). Como vemos no dice ‘transferencia de poder de mercado a otro mercado’ que deja para el *tying & bundling*. En cualquier caso, la relación entre los dos mercados es vertical porque, aunque necesitamos el segundo mercado para valorar el daño a la competencia, ya que se trata de un abuso anticompetitivo (no sería así si fuera explotativo, en opinión del autor), la transferencia del poder de dominio es respecto a un bien o servicio que es indispensable para actuar en el segundo mercado. Pero entendiéndose que el input

mercado derivado. Indica además este autor que dos mercados son necesarios en la negativa de suministro, sino estaríamos ante abusos de explotación.

- **Market foreclosure/structure abuses**¹²¹³: conductas que son abusivas por sus efectos en el mercado, y a diferencia con la tipología anterior no son abusivas en sí mismas. Ya sea la empresa dominante, o no dominante¹²¹⁴, causa alteración en la estructura del mercado e interfiere con la dinámica de la competencia. Los efectos pueden ser del lado de la demanda o del lado de la oferta. En su valoración se ha de demostrar tanto el efecto en el mercado como la intención. El elemento decisivo y formativo del abuso es la determinación de que ese efecto de cambio estructural del mercado se produzca. Para valorar la intención, el efecto relevante a tener en cuenta es la alteración del mecanismo de la oferta y la demanda en su propia ventaja y no tanto el derrotar a los competidores, por lo que el efecto debe ser aceptado si es la consecuencia de competencia normal en las transacciones comerciales o, por el contrario no se aceptará, si intencionadamente se usan medios que se salen de la práctica normal. Para este tipo de abusos de cierre de mercado no son necesarios dos mercados.

SCHWEITZER, H.¹²¹⁵ dice que la Jurisprudencia sobre el artículo 102 TFUE ha mantenido un enfoque basado en la protección de los competidores con el fin de garantizar su acceso al mercado. Las acciones de las empresas dominantes que producen un “efecto excluyente” no son necesariamente abusivas *per se*, pero el TJCE observará con mayor atención en estos casos si dichas conductas están económicamente

ha de ser necesario para entrar al mercado relevante, no meramente necesario para fabricar un cierto producto secundario.

¹²¹³ El asunto *Aspen* (visto en el cap. IV) es considerado un caso de *market structure abuse*, -no de *leveraging*-, del lado de la demanda, donde las acciones de la empresa dominante no se tomaron por razones comerciales legítimas, que pudieran excepcionar el abuso, sino persiguiendo el impacto a largo plazo en un competidor a expensas de beneficios a corto plazo. Se puede aplicar entonces el ‘test del sacrificio’ o ‘test del sin sentido económico’, porque la empresa establece precios por debajo del coste de promedio variable o, precios por encima del coste medio variable pero por debajo del coste medio total, en este último caso, siendo necesaria además prueba de la intención para considerarse abusivos. Según FURSE, M. (pág. 472) en el asunto *MCI Communications* (visto en el cap. IV) fue considerado determinante que la motivación primaria de la práctica excluyente fuera el detrimento a largo plazo del competidor, lo que también encuadra este caso bajo los *market structure abuses* porque ese es el efecto que se produjo en el mercado. También FURSE, M. (pág. 471) indica que la definición de conducta abusiva que generalmente se usa, establecida por el TJCE comunitario en el asunto *Hoffmann-La Roche*, es aquella que probablemente afectara la estructura del mercado...a través del recurso a métodos distintos de aquellos que rigen la competencia en la práctica comercial normal.

¹²¹⁴ Cuando decimos no dominante aquí, nos referimos a la segunda o tercera empresa con más poder de mercado después de la empresa dominante.

¹²¹⁵ SCHWEITZER, H., “The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC”, *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007.

justificadas. Una negativa de trato/acceso *per se* implica que, una vez establecido el poder de mercado de la empresa dominante en el mercado *upstream*, concluir automáticamente que es un abuso que la empresa se reserve para ella el mercado *downstream*. Continúa el autor diciendo más adelante que el desafío, tanto en el Derecho antitrust USA como comunitario, es distinguir aquellos actos con efecto excluyente que resultan de la competencia legítima por méritos propios de aquellos otros actos excluyentes que no pueden ser justificados como prácticas normales competitivas, sino que, al contrario, explotan el poder especial que una empresa dominante posee con el fin de afianzar su posición en el mercado. Indica que la Secc. 2 del Sherman Act, que no prohíbe la existencia de monopolios *per se*, tiene un enfoque estructural orientado a los efectos en la estructura del mercado, pero también orientado a la conducta, aquellas que crean, mantienen o amenazan con crear monopolios, por lo que no se elimina el criterio de la intención en la exclusión por medios anticompetitivos. La valoración de la conducta requiere un examen basado en la intención y el efecto anticompetitivo probable en el mercado.

En esta misma línea que SCHWEITZER, SCHMIDT, H.¹²¹⁶ critica la regla *per se* como inconsistente con la reciente tendencia a un enfoque más basado en los efectos; incluso en USA cuando se ha aplicado una regla *per se*, también se han requerido otras condiciones, incluida una valoración de los efectos en el mercado relacionado¹²¹⁷. Dice

¹²¹⁶ SCHMIDT, H.: *Competition Law, Innovation and Antitrust: An Analysis of Tying and Technological Integration*, Edward Elgar Publishing, 2009, pág. 182.

¹²¹⁷ También Hatzopoulos, V.: "The EU essential facilities doctrine" en *RESEARCH PAPERS IN LAW*, 2006, n° 6/2006, European Legal Studies, College of Europe, pág. 43, 'La DRE/EFD en USA se centra en los efectos en los mercados donde una empresa detenta poder de mercado objeto de control bajo la Secc. 2 (del Sherman Act).' Por su parte, en la UE, la tendencia actual en los objetivos del Derecho de la competencia es, -siguiendo el Informe del Economic Advisory Group for Competition Policy, advising DG Competition ("EAGCP Report"), p. 17, que se puede consultar en: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/eagcp.htm>-, una inquietud por la preservación de las fuerzas de rivalidad (la estructura competitiva del mercado), la evitación de la exclusión, y la facilitación del acceso a los mercados, que es probable que continúe siendo parte del modelo económico europeo, "en línea con la agenda de Lisboa." Del mismo modo, SCHWEITZER, H.: "La lista no-exhaustiva de prácticas abusivas en el art. 82 claramente cubre ambos abusos de explotación y excluyentes, i.e., "prácticas que pueden causar perjuicio a los consumidores directamente, pero también [...] aquellas que son perjudiciales para ellos a través de su impacto en la estructura de competencia efectiva... En primer lugar, el objetivo del art. 82 es proteger la estructura competitiva de mercado, i.e., aquella que no haga que resulte cualquier oportunidad seria de competencia prácticamente imposible; y en segundo lugar, aunque el art. 82 no prohíbe la dominación, protege la competencia residual, i.e., la competencia que permanece a pesar de la existencia de dominación. Estas determinaciones clarifican que el principal enfoque del art. 82 no es de explotación, sino que se centra en los abusos excluyentes...el TJCE confirma la aplicabilidad del art. 82 no solo a los abusos de explotación, sino también a los excluyentes, y afirma que las reglas de competencia comunitarias protegen el proceso competitivo, el grado de competencia residual que persiste en el mercado como tal, y no requieren prueba de daño directo al

que no todas las conductas de apalancamiento por parte de empresas dominantes implican una naturaleza abusiva, e incluso pueden tener efectos pro-competitivos. El abuso no se puede determinar sin identificar antes los efectos anticompetitivos, y además, no lo establece así el art. 102, que requiere prueba de la coerción y de los efectos de cierre de mercado (abuso), aunque también permita su excepción bajo una justificación objetiva de la conducta.

2.2. Informe del EAGCP: un enfoque económico

En esta línea de análisis basado en los efectos anticompetitivos de la conducta de la empresa es de resaltar el Informe del EAGCP¹²¹⁸, que preconiza un enfoque económico del art. 102 TFUE, centrado en sopesar los efectos anticompetitivos o pro-competitivos de la conducta que una empresa dominante causa en el bienestar del consumidor en general. Una vez identificada una infracción anticompetitiva, se valora la extensión del efecto negativo que tiene en los consumidores en comparación con las ganancias en eficiencia que pueda generar la misma conducta. Explican que un enfoque económico naturalmente requiere un análisis bajo la regla de la razón, más que de reglas *per se*, puesto que se tomarían en consideración las peculiaridades y características específicas de cada caso. Sin embargo, al mismo tiempo el mismo EAGCP advierte del peligro de un sobre-intervencionismo, y donde sea posible, es preferible el Derecho de la competencia a la regulación “*como el mejor mecanismo para evitar ineficiencias y fomentar la productividad y el crecimiento*”.

Sin negar la indudable utilidad del análisis económico para valorar si se dan los requisitos que la norma antitrust requiere para determinar un abuso¹²¹⁹, no podemos ir más allá, lo cierto es que hemos de aplicar la norma legal establecida, tal y como está

consumidor. La protección de los intereses del consumidor se consigue mediante la protección de la competencia, de la que el bienestar del consumidor generalmente resulta.” Por ello, consideramos que la determinación y definición de los objetivos en un sistema de competencia dado es importante porque es la pauta del diseño de las políticas de competencia que van a imperar, y por tanto, de sus reglas.

¹²¹⁸ EAGCP (Economic Advisory Group on Competition Policy), en el *Directorate General for Competition* de la Comisión Europea, “An economic approach to Article 82”, Julio 2005.

¹²¹⁹ Por ejemplo dice ALTZELAI ULIONDO, I.: “Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 9, 2011, pág. 72, “que la delimitación del mercado de referencia (mercado relevante) se asienta, sobre todo, sobre fundamentos económicos y no sobre las referencias de las fronteras de los Estados. Esta delimitación se realiza a través de un análisis económico en el que, además de especificar el mercado de producto, se verifican los contornos de una zona geográfica con condiciones de competencia homogéneas”.

redactada independientemente de las consecuencias económicas que devengan en su aplicación, y sea o no su objetivo el bienestar del consumidor o la protección de la competencia como tal. En la valoración de los hechos se pueden usar muchas técnicas, especialmente las económicas, y aunque se den circunstancias y efectos que influyan en un momento ulterior en la valoración de la conducta, no por ello dejamos de valorar los hechos sucedidos según la norma establecida y la Jurisprudencia relativa al caso¹²²⁰. Otra cosa es que pretendamos regular un sector de la sociedad, creando sobre la marcha disposiciones que resuelvan los problemas específicos o ineficiencias de ese sector, entonces necesitamos expertos sobre el tema, incluidos por supuesto los economistas. Así, el propio EAGCP lo reconoce, pues dice *“It is not a question of having more or less intervention, but of more effective intervention.”* Es cierto, pero no es función del Derecho de la Competencia intervenir, bien o mal, en un mercado (esta es función de los organismos regulatorios). Hoy por hoy, los tribunales de la Unión en su interpretación del Derecho de la Competencia atribuyen como objetivo de este Derecho la protección de la competencia en sí misma y como proceso competitivo en un mercado dado, si bien es cierto, evitando acabar protegiendo únicamente a los competidores. En esta línea, incluso también lo advierte el EAGCP que ‘la protección de la competencia’ puede ser identificada con la protección de una determinada estructura de mercado y acabar protegiendo a los competidores¹²²¹.

Ahora bien, después de esta importante salvedad, este informe es muy valioso para el estudio de las figuras abusivas que engloba el art. 102, y en ello, para valorar los hechos que constituyen un abuso.

¹²²⁰ Así, ALTZELAI ULIONDO, I. dice en “Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 9, 2011, pág. 52; “La imputación de un ilícito concurrencial exige contar con unos parámetros determinados para analizar la actividad de las empresas así como de los consumidores y demás intervinientes en la comercialización de unos bienes o servicios determinados. Entre los criterios, requisitos y condiciones con arreglo a los cuales se constata la existencia de un hecho anticoncurrencial está la determinación del mercado de referencia, lo cual constituye una operación esencialmente económica y una operación compleja.”

¹²²¹ Incluso dicen literalmente: “Los poderes otorgados a la autoridad de competencia son, con muy pocas excepciones, poderes que prohíben ciertos comportamientos y cierta evolución, no poderes que activamente determinen hacia donde deben dirigirse los participantes del mercado. La autoridad puede prohibir ciertos acuerdos, ciertas prácticas y ciertas concentraciones, pero no debe decir a los agentes del mercado lo que deben hacer. Las excepciones a esta recomendación tienden a implicar monopolios que poseen *essential facilities*” (pp. 10 y 11). Es interesante llamar la atención sobre esta última frase citada, al decir que la DRE/EFD es una excepción al principio de que el Derecho de la competencia no debe usarse para regular un mercado.

2.3. Clasificación del art. 102 TFUE

Dice este análisis del EAGCP que el art. 102 está organizado por *categorías de conducta*, tales como predación de precios, discriminación, descuentos de fidelización y vinculación; indicando que el enfoque del art. 102 está basado en la forma, lo que lo hace problemático porque en muchos casos prácticas alternativas pueden servir al mismo propósito, es decir, la misma práctica englobará más de una de estas figuras, (-lo que es obvio y refleja la realidad, e.j. una conducta predatoria también puede ser discriminatoria-¹²²².)

De este modo, la Comunicación “*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*”, distingue los siguientes tipos de abusos:

- Acuerdos exclusivos, que subdivide en Compra exclusiva y Descuentos condicionales (aptdos. 32 a 46 de la Comunicación);
- Vinculación y venta por paquetes (o agrupamiento), (aptdos. 47 a 62);
- Precios predatorios (aptdos. 63 a 74 de la Comunicación); y
- Denegación de suministro y compresión de Márgenes, (aptdos. 75 a 90).

Sin embargo, el EAGCP basa su teoría en desplazarse desde un enfoque formal a uno basado en los efectos, lo que tiene importantes implicaciones para el procedimiento de análisis. Mientras que bajo un enfoque formal, es suficiente verificar primero que una empresa es dominante y después que se está produciendo una cierta forma de conducta¹²²³; un enfoque basado en los efectos requiere la verificación del perjuicio competitivo en el mercado¹²²⁴. En este ultimo enfoque relativo al análisis basado en los efectos, la valoración del perjuicio competitivo se centra naturalmente en mantener el proceso competitivo abierto y en evitar la exclusión de rivales actuales o potenciales del mercado¹²²⁵. En esta línea el EAGCP distingue tres amplias tipologías de exclusión¹²²⁶: -

¹²²² También con los casos de recursos esenciales. Un abuso de explotación, un apalancamiento de mercados, un intento de monopolización, un cierre de mercado son conductas que pueden darse por el propietario o gestor de un recurso esencial.

¹²²³ Lo que viene a ser, al fin y al cabo, una regla *per se*.

¹²²⁴ La verificación del perjuicio competitivo en el mercado es un requisito que se viene exigiendo para los casos de recursos esenciales desde el asunto *Bronner*.

¹²²⁵ Es decir, los mismos objetivos actuales que persiguen tanto la Comisión como los tribunales comunitarios, la protección de la competencia entendida como rivalidad y proceso competitivo, que a la larga beneficiará a los consumidores y traerá eficiencia. Sin embargo, el EAGCP fomenta para el Derecho de la Competencia objetivos directos y últimos de eficiencia y bienestar agregado del consumidor. Las pautas de política de la Competencia actuales se encuentran en la Comunicación de la Comisión “*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las*

Exclusión dentro del mismo mercado, donde un competidor fuerza la salida o previene la entrada de otro competidor; - exclusión en un mercado adyacente, donde la empresa dominante excluye a los productores activos en mercados diferentes pero relacionados con su mercado principal, y; -exclusión en un mercado verticalmente relacionado, donde la exclusión toma lugar en diferentes fases del proceso de producción.

En la primera tipología, las estrategias anticompetitivas conllevan un sacrificio a corto plazo en las ganancias y una recuperación a largo plazo de las pérdidas sufridas como consecuencia del sacrificio. A su vez clasifica tres escenarios principales en este tipo de exclusión, que llaman predación financiera, uso de la reputación e interferencia en las señales del mercado. El segundo tipo, que es exclusión en mercados relacionados o adyacentes, o también llamado *leveraging* horizontal, requiere un mercado adyacente. Este último es un mercado horizontalmente relacionado con el mercado primario, en el sentido de que las condiciones competitivas en un mercado dependen de las condiciones competitivas en el otro. Incluyen abusos como *bundling* y *tying* (agrupamiento y

empresas dominantes”, DO 24.2.2009, (2009/C 45/02), en su párr. 6 dice: “Con ello, la Comisión tiene en cuenta que lo realmente importante es la protección de la eficacia del juego de la competencia y no simplemente la protección de los competidores.” Y en el párr. 7: “La conducta que constituye directamente una explotación abusiva de los consumidores,... también puede infringir el artículo 82.” Y en el párr. 19: “El objetivo de la actividad de control de la Comisión en relación con la conducta excluyente es velar por que las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia y por ende afectando lesivamente al bienestar del consumidor...” Y en el párr. 30 (último guion): “La rivalidad entre empresas es un motor esencial de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación. Si no hay rivalidad, la empresa dominante carecerá de los incentivos adecuados para continuar creando y repercutiendo los aumentos de eficiencia. Cuando no existe ninguna competencia residual ni ninguna entrada previsible que constituya una amenaza, la protección de la rivalidad y del juego de la competencia prima sobre los posibles aumentos de eficiencia. En opinión de la Comisión, por lo general, una conducta excluyente que mantiene, crea o consolida una posición de mercado que se aproxima a la de un monopolio no puede justificarse argumentando que también crea aumentos de eficiencia.”

¹²²⁶ Muy relacionado con este estudio del EAGCP existe un estudio de la Comisión Europea sobre la liberalización de las industrias de red de 1999, Comisión Europea, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, “Liberalisation of network industries. Economic implications and main policy issues”, *Reports and Studies*, numero 4, 1999, que dice que el cierre de mercado que se produce cuando se da un caso de *recursos esenciales* puede llevarse a cabo de varias formas: (a) el propietario de la instalación puede integrarse verticalmente con una o varias empresas en el segmento/mercado complementario y de ahí negarse a tratar comercialmente con posibles competidores potenciales (por ejemplo, puede anudar productos o servicios y al negarse a desvincularlos está negando el acceso al recurso esencial); (b) en presencia de economías de alcance o escala generadas por la cooperación entre empresas en el mismo mercado, un grupo dominante de empresas puede poner a sus competidores en una desventaja al negarse a cooperar; (c) el propietario de la instalación puede garantizar la exclusividad a una subcategoría de empresas en el segmento complementario, y así excluir *de facto* a sus rivales; (d) la discriminación en los precios de segundo y tercer grado generaliza acuerdos de exclusividad al favorecer a algunos clientes por encima de otros, mientras permite al propietario de la instalación alguna flexibilidad al servir, por otro lado, a ciertos clientes discriminados.

vinculación o anudamiento¹²²⁷) o acceso a interfaces, etc. La empresa dominante distorsiona la competencia en el mercado adyacente al mercado en el que es dominante con el fin de excluir o disciplinar a sus rivales en ese mercado, o para influenciar las condiciones de entrada en el mercado primario.

La tercera tipología del informe del EAGCP, -a la que vamos a dedicar un examen más particularizado porque es asimilada a la DRE/EFD-, es la exclusión en un mercado relacionado verticalmente. La empresa dominante controla un *bottleneck*, es decir, un input (insumo) en el proceso de producción o comercialización que es necesario para que las empresas en el mercado primario o derivado ejerzan su actividad. Así la empresa dominante cierra estos mercados verticalmente relacionados al denegar, o limitar de cualquier otro modo, el acceso al *bottleneck* a uno o más competidores. La negativa de acceso puede ser completa, como en las negativas de trato, o parcial, como cuando el dueño del *bottleneck* favorece a alguna o algunas empresas (e.j. a su filial) para el detrimento de otras¹²²⁸. El cierre del mercado puede realizarse de varios modos. El dueño del *bottleneck* puede, por ejemplo, integrarse verticalmente con el mercado al que se dirige y negarse a tratar con competidores potenciales¹²²⁹.

La DRE/EFD se ha venido a aplicar en la UE en situaciones exclusivamente de integración vertical de la empresa dominante, entendiéndose que solo en estos casos se produce un conflicto de intereses anticoncurrenciales para la empresa dominante. Puesto que al Derecho de la Competencia comunitario solo interesan los abusos

¹²²⁷ La vinculación o anudamiento consiste en condicionar la compra de un producto a la compra de otro, mientras que el agrupamiento se refiere a la venta de dos productos conjuntamente. El agrupamiento puede ser puro (es decir los productos están disponibles juntos solamente) o mixto (están también disponibles separadamente). Por lo tanto, cuando se trata de anudamiento puede comprarse el producto anudado solo, mientras que cuando es agrupamiento puro es imposible comprar un producto sin el otro. El anudamiento y el agrupamiento pueden lograrse a través de enlaces tecnológicos o a través de una práctica contractual. El anudamiento y el agrupamiento pueden relacionar productos que son complementarios, o sustitutos, o independientes. En este último caso, el único enlace entre mercados es el hecho de que los mismos consumidores compran ambos productos.

¹²²⁸ Nótese que el EAGCP evita usar aquí los términos recursos esenciales, aunque los llama como tales en la pág. 11 de su informe. Por otro lado, clasifica la figura en negativa de acceso a todos los competidores o discriminación en el acceso a determinados competidores. Consideramos que se olvida de la interrupción del acceso a un determinado/s competidor/es.

¹²²⁹ Por supuesto, en casos de integración vertical la empresa dominante, como competidora también en el mercado derivado, tiene la motivación de limitar la competencia en el mismo. En la misma línea dice la Comunicación de la Comisión “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” en su apdo. 20, tercer párr.: “Asimismo, si los obstáculos de entrada al mercado ascendente o descendente son importantes, esto significa que puede ser costoso para los competidores superar el posible cierre del mercado mediante su integración vertical.”

anticompetitivos, y no los de explotación, quedarían fuera del marco del art. 102 TFUE las situaciones de abusos únicamente frente a clientes o proveedores donde la empresa no está integrada verticalmente, y por tanto, no es competidora en el mercado derivado.

Por tanto, en ausencia de integración¹²³⁰ el dueño del *bottleneck* puede garantizar la exclusividad a un grupo de empresas y así excluir de hecho a otras. Alternativamente, puede favorecer a algunos clientes respecto a otros y ejercer prácticas discriminatorias, pero, en principio, no se trataría de abusos de carácter anticompetitivo, sino de explotación¹²³¹. Ahora bien, como consecuencia de los abusos de explotación, la competencia imperfecta en el mercado relacionado puede en realidad repercutir al mercado del recurso esencial, creándose distorsiones que refuerzan y mantienen la posición de dominio de la empresa, e.j., al reducir la variedad o calidad de los productos y servicios producidos. De este modo, los efectos anticompetitivos en el mercado pueden aun surgir en circunstancias específicas. Por ejemplo, como ya hemos mencionado en el caso de mercados adyacentes, el propietario del *bottleneck* puede impedir la competencia en un mercado verticalmente relacionado, aunque separado, para proteger su mercado en el que es dominante. Alternativamente, el dueño del recurso esencial puede encontrarse un problema de compromiso, que hace difícil que ejerza su poder de monopolio sin participar en prácticas excluyentes. Verdaderamente, una vez que ha vendido acceso a un primer competidor, tiene un incentivo de dar acceso a otros competidores también, aun cuando estas empresas competirán con la primera reduciendo así las ganancias de esta primera empresa a la que se concedió el acceso;

¹²³⁰ En opinion de TEMPLE LANG, T. en “Defining what is legitimate competition in the context of companies’ duties to supply competitors and to grant access to essential facilities”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, numero 437, pp. 439-524, 1994-1995, dice que “dentro de la UE, está claramente establecida una doctrina sobre el abuso de la posición dominante y conceptualmente se dará un “conflicto de intereses” en la empresa que es dominante en el mercado primario y a la vez un usuario del input intermedio en un mercado derivado. Sucede en muchos casos, pero las empresas no tienen por qué estar necesariamente integradas verticalmente, i.e., la empresa puede no ser activa en el mercado derivado. La cuestión es si se aplican los mismos principios a ambas categorías de casos. En la UE, se tratan de igual modo, porque opera bajo un amplio sistema de abuso de dominación y la DRE/EFD es solo una subcategoría, no siendo una doctrina separada”.

¹²³¹ Esto es importante porque la Comisión Europea en los procesos de liberalización de los sectores económicos de la UE, como por ej. el sector ferroviario, aconseja la separación vertical de los monopolios históricos, aunque solo exige la separación contable, con el fin de que la empresa histórica nacional no tenga incentivos anticompetitivos en el nuevo mercado liberalizado. Sin embargo, como sigue a continuación el texto, aun con la separación vertical de la empresa, la empresa dominante sigue teniendo incentivos anticompetitivos, lo que viene a apoyar aun más la existencia de la posición de dominio relativa o de dependencia económica respecto de los competidores; en este caso, ¿pasa a tratarse entonces de un abuso de explotación? Si es así, ¿debe castigar la Comisión los abusos de explotación que puedan ejercer las empresas separadas verticalmente?

este comportamiento, sin embargo, reduce *ex ante* las ganancias del dueño del *bottleneck* (en el ejemplo dado, la primera empresa estará dispuesta a pagar y comprar menos debido a la competencia de sus rivales); generalmente, al dueño del *bottleneck* le gustaría comprometer un cierto volumen de acceso, con el fin de limitar la competencia entre las empresas, ya que la competencia produce una reducción de los precios en el mercado relacionado y la disipación de ganancias para el monopolista; como resultado, la competencia en los mercados relacionados se filtra en el mercado del *bottleneck* y disipa las ganancias de la empresa dominante. Puede surgir entonces un problema de compromiso serio, que no puede ser resuelto a través de disposiciones contractuales adecuadas, porque el dueño del *bottleneck* puede desear restringir o eliminar la competencia en estos mercados relacionados a través de tipos de prácticas de exclusión. Por ejemplo, negándose al trato con todas las empresas del mercado relacionado excepto con una, o pactando un acuerdo exclusivo con esa empresa en particular, elimina la competencia en el mercado relacionado y así fomenta su habilidad como empresa dominante en el mercado primario para explotar su poder de mercado en el mismo. Paradójicamente, la prohibición de discriminación ayudaría al dueño del *bottleneck* a resistir las demandas de recortes selectivos de precios y así contribuir a mantener precios altos que le repercutirán positivamente como ganancias. En tales situaciones, la intervención de las autoridades de Competencia en el sentido de prohibir la denegación de acceso puede generar más competencia en los mercados relacionados y así en la industria en su conjunto. Mientras que tal intervención beneficia a los consumidores, e.j. a corto plazo a través de precios más bajos o a largo plazo a través de tasas más altas de innovación en los mercados relacionados, sin embargo, también regula la tasa de rentabilidad del dueño del *bottleneck*.

En apoyo del análisis basado en los efectos visto hasta ahora, dicen PADILLA & AHLBORN que “*el debate acerca del art. 102 y su reforma ha durado durante varios años hasta ahora. Este debate parece haber conducido a lo que llamamos el “Brussels consensus”... el existente enfoque basado en la forma (formal) necesita ser reemplazado por un enfoque basado en los efectos o un enfoque económico en la valoración de la conducta unilateral*”. Sin embargo, otros autores a favor del enfoque tradicional ponen de manifiesto que la política tradicional ha sido ratificada una y otra vez por los Tribunales comunitarios¹²³².

¹²³² Sin embargo, PADILLA & AHLBORN en “*From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law*” en *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007, dicen que el enfoque de que

2.4. Clasificación en el marco de la Comunicación “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”

Antes de ver la clasificación que ofrece la Comisión en su Comunicación de 2009 “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” es importante analizar la clasificación que ofrece el *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* de diciembre de 2005¹²³³, que es su precedente y un informe mucho más extenso, y por tanto, más completo. En este se distinguen los abusos excluyentes basados en el precio o no basados en el precio. Asimismo se acopla a la anterior otra clasificación basada en si la compañía dominante intenta excluir al competidor en el mercado primario o en el derivado. De este modo, este informe divide en dos grupos los abusos que analiza. El primer grupo consiste en precios predatorios; marca única y descuentos condicionales (*rebates*); y, vinculación y venta por paquetes (*tying y bundling*). El segundo grupo lo constituye la denegación de suministro. En los abusos del primer grupo la empresa dominante trata de excluir, disciplinar o marginar a un rival en el mismo nivel de la cadena de distribución cerrando su acceso a los clientes (cierre de mercado horizontal). El segundo grupo lo constituye el cierre de mercado vertical porque implica la existencia de un mercado primario (“upstream”) y un mercado derivado (“downstream”) para distinguir entre dos niveles en la cadena de producción o distribución. El segundo grupo, la denegación de suministro, es el que nos interesa especialmente en nuestro trabajo, que, a su vez, divide en cuatro subcategorías:

- a) *Finalización de una relación de suministro existente* (aptdo. 218). Que condiciona a cuatro requisitos:

ciertos tipos de comportamiento unilateral son dañinos *per se*, y por lo tanto, no requieren ningún análisis de efectos ha sido reiterado por los Tribunales comunitarios a intervalos regulares, más recientemente en *Michelin II* y *British Airways*. En *Michelin II*, el TPI indicó que para establecer un abuso, era suficiente para la Comisión mostrar que la conducta “tiende a restringir la competencia”, i.e., que “es capaz de tener, o es probable que tenga, tal efecto”, - Caso T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Comisión* [2003] ECR II-4071, parr. 47. En *British Airways*, el TPI fue más lejos indicando que, “cuando una empresa en una posición dominante pone en operación una práctica que genera el efecto de expulsar a sus competidores, el hecho de que el resultado esperado no sea conseguido, no es suficiente para que se establezca un abuso”, Caso T-219/99, *British Airways v Comisión* [2003] ECR II-5917, mantenido en apelación, Caso C-95/04, del TJCE de 15 Marzo 2007.

¹²³³ Solo existe la versión en inglés, que puede ser consultada en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>

- 1) el comportamiento puede ser propiamente caracterizado como finalización de la relación de suministro,
- 2) la empresa que deniega el suministro es dominante,
- 3) es probable que la denegación tenga un efecto negativo en la competencia,
- 4) la denegación no está justificada objetivamente o por su eficiencia.

b) *Negativa del comienzo de suministro de un input*. Son los mismos requisitos que la anterior, pero en esta subcategoría si se añade que el input sea indispensable. Es de resaltar que el asunto *Bronner* estableció como requisito la eliminación de la competencia, mientras que aquí solo se requiere un efecto negativo en la competencia.

c) *Negativa de licencia de un derecho de la propiedad intelectual* (párr. 239). Requiere los mismos cinco requisitos anteriores, añadiéndose que la denegación impida la aparición de un nuevo producto o servicio para el que existe una demanda potencial. Más adelante indica que una denegación de licencia de una tecnología protegida por un derecho de propiedad intelectual, que es indispensable como base para que los competidores puedan seguir en la línea de dicha innovación, puede constituir un abuso.

d) *Denegación de la información necesaria para interoperabilidad*. La sitúa como una categoría diferente al considerarla un caso especial. De este modo, la Comisión parece reconocer que con la Decisión Microsoft no se aplicaron estrictamente los requisitos establecidos en *Bronner*, *Magill* e *IMS*, y por ello, la clasifica independientemente como si requiriese unos requisitos más laxos (párr. 241 y 242). Es importante en el ámbito ferroviario y en industrias tecnológicas, por lo que este tipo está muy relacionado con el anterior.

Finalmente, a pesar del largo estudio que hace el *Discussion Paper* de 2005 sobre el art. 102 TFUE, lo que finalmente adopta la Comisión es la mucho más esquemática Comunicación de la Comisión de febrero de 2009 “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”¹²³⁴, que dispone un enfoque económico y basado en los efectos de la conducta excluyente bajo la legislación antitrust de la UE. Tal enfoque ha sido ya utilizado en casos recientes del art. 102, incluyendo el asunto

¹²³⁴ Diario Oficial de la Unión Europea de 24.2.2009, (2009/C 45/02).

*Microsoft*¹²³⁵. Esta Comunicación es mucho más breve que el *Discussion Paper*, quizá con ánimo de simplicidad, pero no se incluyen ciertas explicaciones que recogía el *Discussion Paper* y que podrían ayudar muchos más a los agentes del mercado.

La citada comunicación de 2008 en su apartado 78 subdivide la denegación de suministro en:

- ☐ denegación de suministro de productos a clientes nuevos o existentes (citando como ejemplo el asunto *Commercial Solvents*),
- ☐ la denegación de concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual (citando a *Magill* y a *IMS Health/NDC Health*), lo que incluye, cuando la licencia sea necesaria, la información sobre interfaces (asunto *Microsoft*),
- ☐ la denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o a una red¹²³⁶ (citando a las Decisiones de la Comisión *Sea Containers/Stena Sealink* y *British Midland/Aer Lingus*).

Luego, en esta figura se establecen tres diferencias con el *Discussion Paper*:

- ☐ no distingue entre denegación de suministro de productos a clientes existentes y la negativa del comienzo de suministro de un input;
- ☐ incluye en la denegación de concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual la información sobre interfaces; y,
- ☐ añade la denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o a una red.

Asimismo, aunque la redacción de esta Comunicación sea más laxa que la Jurisprudencia, sin embargo, su contenido es más exigente que el *Discussion Paper* y así, la Comisión exige que la negativa de suministro de una empresa dominante sea

¹²³⁵ Como hemos visto en el análisis de este caso, en el capítulo anterior, no es considerado un caso que se haya resuelto satisfactoriamente ni para los mismos defensores del enfoque económico basado en los efectos en el mercado y en la eficiencia económica. Sopesar los efectos pro-competitivos o anti-competitivos de cada caso en particular no ofrece un referente cierto y su resultado dependerá de la política por la que en cada momento se decanten las autoridades enjuiciadoras de la conducta. En el caso *Microsoft*, la Comisión y el TPI se decantaron por la conducta anticompetitiva de Microsoft basada en el cierre de mercado a otros competidores y sus consecuentes efectos negativos en la innovación que podían generar estos nuevos competidores. Las críticas a este caso se dan en el sentido de que Microsoft era la empresa más eficiente y con el fin de no coartar a largo plazo sus incentivos para invertir e innovar, no se debían proteger a competidores menos eficientes que podrían, después de este enjuiciamiento, verse alentados para aprovecharse del avance tecnológico que Microsoft se ha procurado por sus propios méritos.

¹²³⁶ Por tanto, la Comisión reconoce la existencia de la DRE/EFD e incluso la integra en su clasificación de las negativas de suministro.

generalmente causa de la eliminación, inmediatamente o con el tiempo, de la competencia efectiva en el mercado descendente (párr. 85). Y en relación a la indispensabilidad del producto o servicio, se acerca al criterio de la esencialidad sentado en el asunto *Bronner*¹²³⁷, diciendo textualmente:

“Esto no significa que sin el insumo denegado ningún competidor podría introducirse o sobrevivir en el mercado descendente. Se considerara más bien que un insumo es imprescindible cuando no haya ningún sustituto real o potencial en que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar -al menos a largo plazo- las consecuencias negativas de la denegación. A este respecto, la Comisión procederá por lo general a evaluar si los competidores podrían realmente, en un futuro próximo, producir un insumo igual que el de la empresa dominante. Esta capacidad de copiar el insumo supone la creación de una fuente alternativa eficaz de suministro que permita a los competidores ejercer una presión competitiva sobre la empresa dominante en el mercado descendente.”

Finalmente, respecto a la denegación de concesión de licencias sobre los derechos de propiedad intelectual, el mismo informe del el EAGCP y la doctrina en general advierten de que las autoridades de Competencia deben ser particularmente reacias a interferir cuando la procedencia del *bottleneck* es un derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, añaden, que si el *bottleneck* deriva de un legado histórico, economías de escala o alcance, o de externalidades de red, una intervención puede estar justificada¹²³⁸. Al respecto la Comisión en el aptdo. 82 de la Comunicación “*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*” indica que cuando una regulación impone ya a la empresa dominante una obligación de suministro porque la autoridad pública ya ha sopesado los incentivos del propietario del insumo y otros operadores para invertir e innovar en el mercado ascendente, por ejemplo *cuando la*

¹²³⁷ Como hemos visto en el capítulo IV al analizar el asunto *Bronner*. Es el párr. 83 de la Comunicación.

¹²³⁸ Algunos autores sugieren que a las empresas que han sido beneficiadas por el Estado debe aplicárseles la DRE/EFD con mayor amplitud. O bien por razones de justicia o bien por razones de eficiencia, puesto que no han estado sometidas a las presiones competitivas del mercado en el que sólo las empresas más eficientes permanecen. Sólo porque se garantizó a una empresa una ventaja en un mercado por el Estado no significa que este tuviera la intención de que la empresa disfrutara también de una ventaja en otros mercados, y por tanto la extensión de tal ventaja no es “justa.” Respecto al segundo aspecto, desde el punto de vista de la eficiencia, si una empresa hereda una posición ventajosa de un periodo de propiedad estatal y control económico, entonces puede que la empresa continúe en el mercado aunque esta sea ineficiente – probablemente no se haya adjudicado el recurso al operador más eficiente- y compeler a un acceso equitativo conducirá al menos a que se discipline el mercado derivado por empresas eficientes.

*posición de la empresa dominante en el mercado ascendente se ha desarrollado al amparo de derechos especiales o exclusivos o ha sido financiada mediante recursos estatales, la Comisión no se desviara de su norma general de control y mostrara el probable cierre anticompetitivo del mercado*¹²³⁹ *sin examinar si concurren las tres circunstancias acumulativas contempladas en el apartado 81* (-que son los requisitos sentados en el asunto *Bronner*). En otras palabras, ante estas situaciones de dominio amparo de derechos especiales o exclusivos o ha sido financiada mediante recursos estatales, se establecerá un abuso *per se*.

2.5. Estudio de la OCDE sobre la denegación de suministro/acceso

El estudio que hace la OECD sobre la negativa de suministro¹²⁴⁰, además de concreto, es de gran ayuda para conocer el enfoque respecto a los criterios que rigen en la aplicación de la DRE/EFD en la legislación de Competencia comunitaria. Sin embargo, se equipara la DRE/EFD con la figura de la negativa de suministro, y conceptualmente recoge los mismos requisitos del asunto *Bronner* para su valoración, en consecuencia, solo rige para el cierre de mercado vertical, esto es, para el apalancamiento de mercados o

¹²³⁹ Respecto al cierre de mercado, pueden agruparse los remedios al cierre de mercado en cinco categorías: (a) políticas estructurales tales como desmantelamientos y restricciones de línea de negocio, que se consideran a menudo el último recurso, ya que pueden implicar costes de transacción sustanciales en las actividades de desmantelamiento y poner en peligro los beneficios de integración; (b) precios de acceso o control de cantidades; (c) vínculos de precios; las autoridades antitrust muchas veces intentan usar otros precios —de acceso o de productos al por menor— como puntos de referencia para fijar los precios de acceso. Es la regla del componente eficiente del precio (ECPR), (también llamada la regla *Baumol-Willig* o la regla de la imputación, el principio de paridad, y quizás confusamente, la regla de no-discriminación), que enlaza el precio de acceso del monopolista integrado con el precio al por menor, es decir, el precio de acceso para los competidores no debe exceder el precio fijado por la empresa integrada en el segmento no competitivo menos el coste incremental de esa empresa en el segmento competitivo; (d) políticas de ‘empresa de transporte público’; y (e) requisitos de divulgación de información. Por otra parte, sobre el ECPR, vease BAUMOL, W.J.: “Having your cake: how to preserve universal-service cross subsidies while facilitating competitive entry” en *Yale Journal on Regulation*, (1999), vol. 16, pp. 1-18.

¹²⁴⁰ OECD, “Refusals to deal”, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *OECD/DAF/COMP* (2007) 46, 03-Sep-2009, pag. 203. Por otra parte, en la pag. 12, se exponen los criterios en general que deben darse en cualquier jurisdicción, para que una negativa de suministro constituya una violación del Derecho de la competencia. Entre otros, la empresa que deniega el suministro debe tener una posición dominante en un producto o servicio. El grado preciso de dominación exigido varía de país a país. En algunos países el grado de dominancia exigido es mayor, esto es, la empresa dominante debe ofrecer un producto esencial, o ser un socio comercial inevitablemente necesario, (esto último, viene a ser una posición de dominio relativa, que además es una figura reconocida a nivel nacional-). En otros países, es suficiente que por la negativa de suministro los rivales tengan una desventaja significativa. Asimismo, la negativa debe tener un impacto material en la competencia en un mercado relacionado, para el detrimento de los consumidores. No es suficiente que la negativa elimine un competidor específico, sino que debe eliminar al menos alguna competencia (y en algunas jurisdicciones, toda la competencia) del mercado relacionado, para el detrimento de los consumidores.

leveraging. Por lo que con ánimo de precisión transcribimos literalmente las cuestiones más importantes de este estudio:

“El marco conceptual para el enfoque a la negativa de suministro en la legislación europea se ha desarrollado a través de un número de decisiones importantes de la Comisión y de enjuiciamientos de los tribunales europeos a lo largo de los años. En esencia, el enfoque es el siguiente:

- primero, que la empresa que suministra el input debe tener una posición dominante en relación al suministro de tal producto o servicio (debe disfrutar de un poder de mercado sustancial en el mercado del input denegado, no simplemente en referencia a su cuota de mercado, sino también teniendo en cuenta toda la gama de barreras que debe enfrentar);

- segundo, que la negativa conduzca o probablemente conduzca a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado derivado y, de ahí, lleve a un perjuicio al consumidor a largo plazo (Esto no significa que cualquier tipo de competencia debe ser totalmente excluida del mercado, sino más bien que la competencia efectiva sea significativamente disminuida o eliminada¹²⁴¹. El perjuicio al consumidor a largo plazo es en general probable que solo surja si el producto denegado en cuestión es esencial para que los clientes puedan competir efectivamente en un mercado derivado. Logicamente, las miras de la Comisión se centraran en que la negativa de suministro es probable que conduzca al perjuicio del consumidor en el mercado derivado a través

¹²⁴¹ AREEDA, P., “Essential Facilities: an epithet in need of limiting principles”, *ABA Antitrust Law Journal* 58, 841, 1989-1990, dice que bajo la legislación USA los requisitos para compeler al acceso son mas altos que en el Derecho UE, porque en la legislación americana no solo se requiere que el recurso sea esencial para el competidor, sino que también el competidor por sí mismo sea esencial para la competencia en el mercado. Continúa diciendo que aunque esta última afirmación no se requiere en la legislación europea, en la práctica se llega al mismo resultado si no se exige el acceso cuando todavía exista competencia efectiva en el mercado. Sin embargo, Areeda escribe esto antes de la sentencia en el asunto *Bronner*, y lo que Areeda explica se asemeja al test objetivo que sienta esta sentencia, respecto a que la eliminación de toda competencia en el mercado por parte de quien solicita el acceso debe ir referida a un competidor igual de eficiente que la empresa dominante y así dice la sentencia: “*que no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente*”. Lo que tiene sentido con lo que continua diciendo Areeda: la cuestión clave entonces es cuando la competencia se considera efectiva. Lo que contesta diciendo que cuando conduzca a una mejora en el bienestar de los consumidores; si los márgenes de beneficio de los competidores en el mercado derivado fueran una proporción suficientemente grande del precio total pagado por los consumidores, que hiciera que valiera la pena promocionar la competencia en el mercado derivado y que a través de esa competencia dichos beneficios se trasladaran a los consumidores, por e.j. reduciendo el precio o incrementándose la producción o la innovación.

del ‘input foreclosure’¹²⁴²). De este modo, también puede ser preocupante cuando el cierre en el mercado derivado conduzca a un cierre anticompetitivo en el mercado del input si da como resultado un cierre de ese mercado a los clientes (customer foreclosure) –en otras palabras, si deviene más difícil para competidores potenciales del mercado primario encontrar clientes y la negativa de suministro así provoca barreras a la entrada del mercado primario. Lo que a su vez puede tener efectos anticompetitivos en el mercado derivado si resulta que los rivales en el mercado derivado han de soportar precios del input más altos y por lo tanto se ven obligados a subir los precios de su propio output o producción. En algunos casos, está claro que los incentivos de la empresa dominante de innovar no tendrán un impacto adverso por la imposición de una obligación de suministro, sobre todo cuando su posición en el mercado primario se ha desarrollado bajo la protección de derechos especiales o exclusivos o ha sido financiada por el Estado y, por tanto la empresa dominante no ha pagado un precio que refleje su valor de mercado real. En tales casos, el efecto anticompetitivo de la negativa puede ser asumido más fácilmente, y;

- tercero, que la negativa no sea objetivamente justificada. Sin embargo, no se considera justificación objetiva para la negativa de suministro de un input esencial a un cliente existente en el mismo mercado derivado, la decisión de la empresa dominante de entrar ella misma en el mercado derivado en el que no estaba previamente presente, (e.j. En el asunto *Commercial Solvents*).

Clasifica en una lista no exhaustiva los tipos de negativa bajo el art. 82 TCE:

- la negativa de suministro de input clave para productos y servicios;
- la negativa de suministro de información esencial relativa a la propiedad o de licencia de derechos de propiedad intelectual;
- negativa de garantizar el acceso a un recurso esencial o red, o solo bajo términos no rentables (esto último constituye una “constructive refusal”);
- Compresión de márgenes (que también constituye una “constructive refusal”).

Por último, como corolario de ambas doctrinas, la de US y la de UE, TEMPLE LANG J.¹²⁴³ dice que la Secc. 2 del Sherman Act contiene un lenguaje expreso que requiere intención de excluir a los rivales, esto es, que se prohíbe la transacción o conducta realizada con el fin de crear o mantener un monopolio. En comparación, no se requiere intención bajo el

¹²⁴² O sea del cierre del input o insumo, lo que puede interpretarse como el bloqueo de suministro del input.

¹²⁴³ TEMPLE LANG J., “Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”, (1994) 18 *Fordham Corporate Law Institute*.

art. 82. Sin embargo, en la reciente jurisprudencia¹²⁴⁴, la Comisión nota que aunque la intención no es un elemento para establecer un abuso, es un factor más que demuestra objetivamente el comportamiento abusivo.

3. Consecuencias de las distintas clasificaciones

En primer lugar, es necesario tener presente que la DRE/EFD se aplica cuando el acceso a un recurso es esencial para competir. Se ha asumido siempre que el recurso estaba en un mercado primario donde una empresa es dominante mientras que el competidor se encuentra en otro mercado derivado. Pero no hemos de olvidar que lo que la empresa dominante controla o es propietaria es de un recurso esencial, no del mercado, por muy importante que sea su poder en el mismo. Y si en el análisis tradicional del Derecho de la Competencia comunitario necesitamos como primer paso definir el mercado para establecer la posición de dominio en el mismo, cuando estamos ante un recurso esencial, se añade un paso más, que es establecer la esencialidad del recurso. En este punto es donde empiezan los problemas, puesto que uno de los requisitos para determinar la esencialidad de un recurso es que sin el acceso al mismo se impedirá o coartará gravemente la competencia efectiva, y este segundo análisis, sin duda, implica centrarse en los efectos de la conducta de la empresa dominante. Además este segundo análisis tiene el mismo objeto que cuando se trata de determinar un abuso por parte de la empresa dominante en el análisis tradicional, de ahí que se confundan y que algunos autores entiendan que ante supuestos de recursos esenciales no es necesario definir el mercado relevante.

Por la especial característica del Derecho de la UE que solo rige cuando se afecta a la competencia a nivel comunitario, el perjuicio a la competencia ha de tener una entidad supranacional, por lo que la legislación europea de Competencia solo castigará, en principio, los abusos de exclusión y anticompetitivos, dejando al ámbito nacional la represión de los abusos explotativos. De este modo la DRE/EFD se ve limitada a supuestos de integración vertical, y por ello, puede confundirse con la figura del apalancamiento de mercados, con la que se solapará cuando se den los requisitos de una y otra figura. Sin embargo, ello no quiere decir que la DRE/EFD no exista fuera de la legislación comunitaria de Competencia porque bien puede darse a nivel nacional.

¹²⁴⁴ Cita como ejemplo la Decisión de la Comisión de 2 de junio de 2004 (COMP/38.096), *Clearstream*, (DO C 165 (2009) pág. 5), párr. 218, respecto a la negativa de Clearstream de suministrar determinados servicios necesarios para llevar a cabo transacciones financieras a Euroclear Bank.

La tendencia hasta ahora ha sido usar la DRE/EFD solo en casos de apalancamiento de mercados, es decir, cuando son necesarios dos mercados. Esta concepción limita el alcance de la DRE/EFD y obliga a distinguir y definir dos mercados, incluso forzando su distinción.

En efecto, la conceptualización de la doctrina esta basada en el hecho de que el recurso es indispensable para desarrollar una determinada actividad en otro mercado, (a veces formulado como *input* necesario para la producción o para dar un servicio en otro mercado), lo que implica la necesidad de dos mercados; pero lo cierto es que el recurso puede ser esencial para desarrollar una actividad en un mismo mercado y aplicarse la doctrina con el objetivo de que no se produzca un cierre de ese mismo mercado (no de apalancamiento de mercados).

Asimismo, la concepción de que la DRE/EFD sólo se da en las relaciones verticales tampoco explica los casos de separación vertical, si queremos permanecer en el área de los abusos excluyentes o anticompetitivos (es decir, se ha de producir un perjuicio en la competencia, por ello, la empresa dominante y su competidora deben competir en el mercado derivado y, lógicamente no serán competidores si hay separación vertical). Pero como la DRE/EFD también contempla la entrada a un mercado (no olvidemos que estamos en sede de evitar efectos anticompetitivos), y no queremos que se produzca un cierre del mercado, especialmente cuando de un recurso esencial se trata, y por tanto, nos centramos en un solo mercado. Lo que induce a considerar erróneamente en este ultimo caso que se este aplicando la doctrina *per se* (se considera abuso la negativa a un recurso esencial sin valorar como afecta a otro mercado). Como ejemplo el asunto *IMS Health* en la UE y *Aspen* en USA. En esta línea, EVRARD, refiriéndose a los asuntos *Volvo y Renault*, dice que “*Bronner no cubre esta situación puesto que aplica la figura de la negativa de acceso a un recurso esencial para competir en un mercado derivado, no cuando el acceso se requiere para competir en el mismo mercado que el del recurso*”.

Por otro lado, tanto el Derecho de la Competencia en USA como en la UE han evitado usar la DRE/EFD para casos de relaciones horizontales, puesto que era mas fácil aplicar en estos casos el art. 81 TCE, aunque en su origen la doctrina surgió aplicándose para situaciones de colusión. Sin embargo, se dejarán fuera, aun como abusos anticompetitivos, situaciones de conducta, cuyo efecto sea el cierre del mercado y no

haya un acuerdo expreso colusorio de por medio, o se trate de una práctica unilateral conjunta de cierre de mercado sin más.

Otro aspecto no explorado de la doctrina es como dice HANCHER, L.¹²⁴⁵, que los proponentes de la DRE/EFD afirman que tiene un papel vital que jugar en situaciones donde el monopolista no está verticalmente integrado, y por tanto, no es una cuestión de apalancamiento de mercados, o donde el monopolista no compite con el competidor y, por tanto, no puede entenderse la negativa como una monopolización o intento de monopolización. Es precisamente en estas situaciones donde un monopolista, que solo actúa en un mercado o que no está integrado verticalmente¹²⁴⁶ (en contraste con un monopolista verticalmente integrado), y controla un *bottleneck* donde la legislación antitrust no tiene medio de ocuparse de la conducta económicamente perjudicial. Para HANCHER, L. lo que el tribunal estaba realmente aplicando en el asunto *Bronner* es el test del *monopoly leveraging*, y por tanto Mediaprint no estaba abusando de su posición dominante en el mercado de la distribución de periódicos (mercado derivado en el que Mediaprint era el único distribuidor, además de que no era esa su intención). Ahora bien, si la DRE/EFD únicamente constituye casos de apalancamiento de mercados, este criterio fuerza a definir siempre dos mercados, cuando puede que no exista un segundo mercado. Proponemos un test basado en valorar si la segunda actividad es otra actividad comercial o parte de la misma actividad comercial o del negocio principal de la empresa dominante; de este modo, si lo es, entonces existirá ese segundo mercado en el que podrán competir o no, aunque consideramos que la DRE/EFD se seguiría aplicando tanto en casos de dos mercados como de uno, cuando el abuso constituya un cierre anticompetitivo de un recurso o *input* esencial, ya sea para la actividad de un cliente (real o potencial) o, ya sea de otro competidor (real o potencial), por parte de una empresa dominante.

¹²⁴⁵ HANCHER, L.: “Case Law: Court of Justice (Oscar Bronner v. Mediaprint)” en *CMLR*, n° 36, 1999, pp. 1289-1307.

¹²⁴⁶ Como hemos visto en el texto principal, la empresa dominante tendrá interés en realizar conductas abusivas porque si elimina la competencia en el mercado secundario, las empresas de este último no pueden ejercer la presión competitiva suficiente, –porque han salido del mercado o se han debilitado–, sobre la empresa dominante que suministra el *input* necesario en este segundo mercado, de modo que puede imponer un precio monopolístico para el *input* que suministra (–*input*, no olvidemos, esencial para que las empresas presentes en el mercado derivado puedan continuar o empezar su actividad–). En otras palabras, y como hemos visto anteriormente en el epígrafe 2.3, la competencia en los mercados relacionados se filtra en el mercado del *bottleneck* y disipa las ganancias de la empresa dominante. Lógicamente la empresa dominante tenderá a recuperar o proteger su poder de monopolio en el mercado primario a través de la debilitación de la competencia en el mercado derivado.

En el ámbito comunitario, la aplicación de la DRE/EFD no se considera una regla *per se*, es decir, identificado un recurso esencial la conducta de la empresa dominante se considera abusiva automáticamente (-excepto al amparo de de derechos especiales o exclusivos o ha sido financiada mediante recursos estatales-¹²⁴⁷). Como hemos visto con SCHWEITZER y SCHMIDT, se requiere prueba de la coerción y de los efectos anticompetitivos de cierre de mercado, es decir, de la conducta abusiva.

El informe del EAGCP esta en línea con esta perspectiva, en el sentido de que el mismo distingue entre un test formal, que es el que se ha venido aplicando hasta ahora, es decir, es suficiente verificar primero que una empresa es dominante y después que se está produciendo una cierta forma de conducta (por e.j. un descuento condicional o una misma denegación de suministro), y, un enfoque basado en los efectos, que requiere la verificación del perjuicio competitivo en el mercado, es decir, con el objetivo de mantener el proceso competitivo abierto y evitar la exclusión de rivales actuales o potenciales del mercado. Este último enfoque es igual al criterio de que *‘la negativa elimine toda la competencia de parte de la compañía que requiere acceso’* exigido en el asunto *Bronner*.

En comparación, la distinción que ofrece la Comunicación *“Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”*, entre interrupción de casos de suministro anterior y de denegación de suministro *de novo* (en su aptdo. 84) es demasiado simplista y poco comprometida.

En consecuencia, entendemos que la DRE/EFD es aplicable ante recursos esenciales en los siguientes supuestos:

- ☐ ante la interrupción del acceso o suministro anterior
- ☐ por practicas discriminatorias en el acceso o suministro
- ☐ por cierre anticompetitivo del mercado actual o potencial, incluyendo el impedimento de la creación de un nuevo producto o servicio para el que hay una demanda potencial, en:
 - el mismo mercado donde se sitúa el recurso esencial, incluyendo el abuso de la posición de dominio colectiva

¹²⁴⁷ Como ya hemos visto que recoge la Comisión en el aptdo. 82 de su Comunicación *“Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”*.

- en un mercado verticalmente relacionado, ya este integrada o separada estructuralmente la empresa dominante
- en mercados horizontalmente relacionados

VI. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES AL MERCADO FERROVIARIO DE LA UE

1. Conflicto de intereses en las empresas integradas verticalmente

Cuando una empresa dominante es propietaria de un recurso esencial y además está presente en el mercado (derivado) junto a sus competidores, surge un conflicto de intereses entre su interés como competidor y su interés como propietaria de un recurso, cuyo fin, en este último supuesto, debe ser maximizar su rentabilidad (al comercializar los servicios que el recurso proporciona¹²⁴⁸).

Por otro lado, una empresa dominante que deniega el acceso o el abastecimiento a cualquier competidor puede no tener ningún incentivo en mejorar los servicios que gestiona para el consumidor final (al no tener competencia, no hace por mejorar su efectividad).

Este conflicto de intereses surge esencialmente cuando la empresa está integrada verticalmente. Esta es la razón por lo cual en la regulación de sectores para su apertura a la competencia se propone la separación estructural de la empresa. De este modo, al trazarse una línea como propietaria del recurso y competidor con las otras empresas a las que da acceso al recurso, se aseguraría su imparcialidad en la provisión del servicio o acceso a cambio de un precio.

Por lo general, cuando la empresa ofrece el acceso o los servicios en el mercado a sus competidores debería actuar tan imparcialmente como un propietario independiente y con las mismas garantías con las que se provee ella misma de sus propios servicios como usuaria. No es buena señal cuando un propietario dominante necesita discriminar en favor de su propia operatividad en el mercado derivado, ya que significa que es menos eficiente que sus rivales.

¹²⁴⁸ Cuantos más clientes tenga más rentable le resultará la propiedad o gestión del recurso esencial.

El precio de los servicios de ferrocarril sería muy alto, y por ello, su utilización muy baja si no fuera por la intervención estatal, ya sea a través de la subvención directa o de la financiación pública. Sin embargo, esta intervención pública conlleva el efecto adverso de desincentivar la eficiencia, tanto en la productividad como en la inversión, al contar las compañías ferroviarias con el respaldo estatal.

Llegados a este punto, surge la cuestión del conflicto de intereses que pueden tener las empresas estatales, -muchas veces monopolios-, y por ser estatales, dotadas de poderes regulatorios. Y asimismo, ante supuestos de recursos esenciales, las necesidades de los competidores, los intereses de los consumidores y del público en general que se tendrían en cuenta en un sistema de libre competencia, se contraponen con los intereses exclusivos de la propietaria de tener únicamente para sí misma el uso del recurso o instalación. TEMPLE LANG, J. dice que *“una empresa dominante no tiene un deber de contrarrestar una ventaja competitiva resultante de su integración vertical que ha obtenido legítimamente por sus propios méritos, pero no puede usar el acceso exclusivo a un recurso esencial que tiene para obtener tal ventaja.”*¹²⁴⁹

2. Medidas estatales restrictivas de la competencia

Los principios legales comunitarios prohíben a los Estados miembros adoptar o mantener cualquier medida cuyo efecto tenga como resultado hacer que el Derecho de la Competencia comunitario resulte inefectivo¹²⁵⁰. Por lo tanto, una medida estatal será contraria a los deberes del Estado bajo la legislación comunitaria, si es posible que conduzca a un abuso de posición dominante. Puesto que la extensión y reforzamiento abusivos de una posición de dominio existente es ilegal, también es ilegal que un Estado miembro adopte una medida que refuerce la posición dominante perjudicando la competencia en un mercado, que la empresa por sí misma no habría sido capaz de lograr (por medio de competencia legítima), excepto a través de derechos exclusivos o especiales como recoge el art. 106 TFUE¹²⁵¹.

¹²⁴⁹ TEMPLE LANG, J.: “Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities” en *Fordham International Law Journal*, 1994-1995, vol. 18, nº 437, pp. 444.

¹²⁵⁰ Ya lo vimos en el cap. III, cuando el Estado legisla con el fin de permitir o alentar una infracción de las leyes de Competencia, no solo las partes infringen el Tratado, sino que el Estado también infringe su deber de cooperar en la consecución de los objetivos de la Unión, infringiendo el art. 4(3) TEU en la versión actual consolidada, (antiguo art. 10 TCE). Poniendo este punto en relación con el art. 106 TFUE, su aplicación ha de ser conforme con los arts. 101 y 102 TFUE.

¹²⁵¹ Recordamos el texto del art. 90 TCEE, ahora art. 106 del TFUE: “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que

Como dijo el TJCE en el asunto *GB-Inno-BM*¹²⁵², “un Estado miembro no debe, por medio de estatutos, reglamentación o medidas administrativas, poner a empresas públicas y aquéllas a las cuales haya concedido derechos exclusivos o especiales, en una posición que las empresas mencionadas no pudieran haber obtenido por sí mismas por su propia conducta sin infringir el art. 86 TCE. En consecuencia, cuando la extensión de una posición dominante de una empresa pública o con derechos exclusivos o especiales resulte de una medida estatal, tal medida constituye una infracción del art. 90 en relación con el art. 86 TCEE”¹²⁵³.

Es más probable que las empresas estatales dominantes discriminen o denieguen el acceso por razones proteccionistas debido a cuestiones de tradición, ausencia de leyes de competencia efectivas o de su aplicación efectiva o que estas empresas fueron diseñadas como instrumentos de política nacional o industrial. Un ejemplo especialmente apropiado lo constituyen la compañías ferroviarias nacionales en la UE. Incluso, dice TEMPLE LANG J., que es por estas razones por lo que se introdujo el art. 106 en el Tratado. Las empresas estatales o reguladas a menudo tienen recursos o instalaciones que son esenciales para todos o la mayoría de sus competidores en el mercado derivado.

concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive. 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.”

¹²⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 13 de diciembre de 1991, asunto C-18/88, *Régie des télégraphes et des téléphones contra GB-Inno-BM SA*, analizada en el capítulo anterior, epígrafe III-2.1, 5).

¹²⁵³ A efectos de generalización, no es el objeto de este caso la infracción del art. 90 TCEE (ahora 106 TFUE), que también se produce, porque es la medida estatal la que provoca la infracción del art. 86 TCEE (ahora 102 TFUE), pudiendo en otro caso, producirse por cualquier otra medida estatal. Por otra parte, y como continuación de lo expresado por el TJCE, en las Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 16 de octubre de 1991 en los asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, *Reino de los Países Bajos, Koninklijke PTT Nederland NV y PTT Post BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, se dice que el tribunal expresamente rechazó el argumento de que la medida estatal era ilegal únicamente si la empresa dominante hubiera cometido un abuso. “Es suficiente poner de relieve a este respecto que la extensión del monopolio en el establecimiento y operación de... a (otro) mercado, sin una justificación objetiva, que es prohibida como tal por el art. 86,... cuando la extensión resulta de una medida adoptada por el Estado”. Asimismo, WEATHERILL, S.: *Cases & Materials on EU Law*, Oxford University Press, Oxford, novena edición, 2010, pág. 547, dice que “la supervisión en la UE de (presuntas) leyes nacionales anticompetitivas ha aumentado significativamente desde finales de la década de 1980. Lo que ha dado pie a desafiar a monopolios nacionales de larga tradición en áreas importantes para los ciudadanos tales como la energía y las telecomunicaciones.”

Por eso, en opinión de TEMPLE LANG J., el principio de los recursos esenciales es la consecuencia del art. 106 TFUE¹²⁵⁴.

Como hemos visto anteriormente, la infraestructura ferroviaria constituye un monopolio natural. Y además, es económicamente inviable -como mínimo-, (y al margen de otras consideraciones sociales y de planificación del territorio), extender o duplicar una infraestructura ferroviaria, por lo que el acceso a la misma se convierte en vital para la viabilidad competitiva de las empresas que compiten en ese mercado¹²⁵⁵.

La respuesta de los Gobiernos en el pasado a los monopolios naturales en las redes de transmisión y distribución fue extender el monopolio en el mercado de producción anterior al mercado derivado de suministro, estableciendo de este modo monopolios públicos verticalmente integrados¹²⁵⁶. Consecuentemente, las empresas ferroviarias tradicionalmente han operado dos negocios que son mutuamente dependientes, la gestión de la red ferroviaria, y en ello, la adjudicación de su capacidad, y la operación de los servicios de transporte ferroviario y también los servicios ferroviarios relacionados, como por ejemplo el mantenimiento de los trenes¹²⁵⁷.

3. Factores a considerar en la separación vertical de los monopolios ferroviarios

¹²⁵⁴ TEMPLE LANG, J.: “Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities” en *Fordham International Law Journal*, 1994-1995, vol. 18, n° 437, pág. 444. Además, algunos autores como VENIT Y KALLAUGHER, apuntan que la DRE/EFD es de mayor utilidad en casos bajo el art. 106, es decir, que implican empresas controladas o de propiedad estatal o sujetas a regulación estatal, y también en su aplicación para desregular y liberalizar mercados (en comparación con su aplicación, de la DRE/EFD, a conductas de empresas privadas).

¹²⁵⁵ Dicen NASH y TONER (1998), pág. 23, “la infraestructura ferroviaria permanece como monopolio natural. En general, cualquier empresa que desee operar servicios de ferrocarril en una ruta entre dos puntos se enfrenta a un solo proveedor de infraestructura... El emplazamiento de nueva vía férrea es enormemente caro a causa del precio del terreno y los requisitos del equipamiento de estructuras fijas. Estos rasgos y los costes de mantenimiento explican configuraciones con una longitud de líneas mínima, e incluso la aparición de sistemas de *hub-and-spoke* (centros neurálgicos) en algunas áreas ferroviarias densas. Sin embargo, cuanto más corta la longitud total de líneas, más largo será el promedio de la duración del viaje, lo que incrementa los costes operativos. Por lo tanto, puesto que los planificadores de redes tienen que tener en cuenta los costes totales, el trazado final es siempre un compromiso que intenta llegar a una situación equilibrada ... Por su parte las economías de densidad en la provisión de infraestructura férrea tienden a limitar el número de rutas viarias independientes. Cuanto mayores sean las economías de densidad, mayor la tendencia de adoptar configuraciones de red *hub-and-spoke* para las cuales hay solo una ruta viaria entre dos puntos en la red.”

¹²⁵⁶ Así lo indican MASSEY P. y SHORTALL T., “Competition and Regulation in Public Utility Industries”, *Competition Authority-Discussion Paper*, no 7, July 1999.

¹²⁵⁷ Véase al respecto el capítulo IV, epígrafe V- 3.

Como consecuencia de lo anteriormente dicho, la separación vertical de la empresa ferroviaria, en el sentido de su dedicación exclusiva a la gestión de la infraestructura sin que pueda operar servicios de transporte ferroviarios, conlleva una mejora de la competencia porque ya no tiene el interés de denegar el acceso a la infraestructura o proveer dicho acceso en peores condiciones, es decir resuelve su conflicto de intereses. Ahora bien, la separación vertical también tiene el riesgo de que aumenten los costes de producción a través de la pérdida de las economías de alcance¹²⁵⁸ y de que se haga necesario regular la creación de incentivos para el gestor de la infraestructura¹²⁵⁹, porque éste puede estar tentado de no invertir lo suficiente en el mantenimiento de la infraestructura, lo que puede afectar a la seguridad¹²⁶⁰.

En la Directiva 91/440 y el primer paquete de infraestructuras ferroviarias se exigió que las empresas ferroviarias europeas, antiguos monopolios nacionales, establecieran, como mínimo, la radical separación en la contabilidad de la gestión de la infraestructura respecto de la operación de los servicios de transporte¹²⁶¹. Además, se exigió que ciertas funciones que realizaba el monopolio ferroviario fueran confiadas a entidades que no pudieran proveer por sí mismas ningún tipo de servicios de transporte¹²⁶²: la concesión de licencias, la adjudicación de franjas o surcos ferroviarios (incluidas tanto la definición y la evaluación de disponibilidad como la asignación de franjas para trenes concretos), la toma de decisiones relacionadas con la percepción de cánones por uso de la infraestructura, y la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de servicio público que requiere la prestación de determinados servicios.

De este modo, desde la Directiva 91/440 se prohíbe la subvención cruzada, manteniendo una contabilidad interna separada de sus actividades empresariales, que evita financiar con fondos públicos las actividades comerciales lo que, en definitiva, situaría en desventaja a sus competidores, de modo que así no se pueda ejercer ninguna discriminación. Además, esta separación permite que se pueda garantizar que no trata

¹²⁵⁸ Las economías de alcance se benefician de las ventajas que surgen del uso en común y, de la sinergia que es consecuencia de tal uso en común, de diferentes productos y servicios.

¹²⁵⁹ Este punto se desarrollara en el apartado 5 de este epígrafe VI con motivo de los contratos plurianuales.

¹²⁶⁰ Véase capítulo I, epígrafe IV sobre la experiencia británica respecto a los graves accidentes de Hatfield y otros como consecuencia del deterioro de la infraestructura.

¹²⁶¹ Directiva 91/440/CEE en su art. 6.1, analizada en el capítulo I.

¹²⁶² Directiva 91/440/EEC, art. 6.3 en la versión consolidada (o sea contando con la modificación de la Directiva 2001/12): que esas funciones “*se encomienden a entidades o empresas que no presten a su vez servicios de transporte ferroviario*”. Por otra parte, únicamente UK y Suecia son la que han ido más lejos en la separación vertical en entidades totalmente distintas, e incluso privatizadas en el caso británico.

sus operaciones más favorablemente que las de sus rivales y que paga los mismos cánones por el acceso a la red ferroviaria que esas otras empresas competidoras. Deben formalizarse contractualmente los términos en que la empresa realiza sus propias operaciones, de modo que se puedan aplicar los mismos términos a los diferentes competidores.

Sin embargo, como sabemos, los Estados miembros han adoptado diferentes modelos estructurales a partir de este mínimo requisito de separación contable, y aunque algunos, como es el caso español, han creado entidades distintas¹²⁶³, la infraestructura sigue siendo pública (así, ADIF) y la compañía operadora de servicios, ya sea pública o no pública, es mayormente de propiedad del Estado a través de su accionariado o lo es completamente (como RENFE)¹²⁶⁴.

Otros Estados, como Alemania, no han adoptado la radical separación estructural de sus empresas ferroviarias, sino que meramente han situado la gestión de la infraestructura y las operaciones de servicios de trenes en entidades corporativas separadas, enteramente propiedad de un holding, lo que tampoco parece suficiente para eliminar los incentivos de discriminación.

¹²⁶³ Ello por razón del art. 6 de la Directiva 91/440 que indicaba que los Estados podían disponer que dicha separación contable supusiese la existencia de divisiones orgánicas diferenciadas en el seno de una misma empresa matriz, o que la gestión de la infraestructura corriese a cargo de una entidad distinta.

¹²⁶⁴ La página web de Renfe describe a RENFE como “empresa de servicios de transportes ferroviarios de viajeros y mercancías que depende del Ministerio de Fomento”. En <http://www.renfe.com/empresa/index.html>. Por su parte en la página web de Adif, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, “es una entidad pública empresarial dependiente del Ministerio de Fomento”. http://www.adif.es/es_ES/conoceradif/conoceradif.shtml. Y consultando la página web del Ministerio de Fomento, dice “La actual RENFE fue creada por la Ley 39/2003 de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, como entidad pública empresarial. Los estatutos de RENFE se establecieron en el RD 2396/2004 de 30 de diciembre de 2004. Su actividad comenzó el 1 de enero de 2005. RENFE fue creada por segregación de las unidades de negocio prestadoras de servicio ferroviario y otras actividades comerciales de la anterior empresa ferroviaria vertical. RENFE es una entidad pública empresarial, con autonomía de gestión dentro de los límites establecidos por su normativa y está adscrita al Ministerio de Fomento. Tiene personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y patrimonio propio.” En http://www.fomento.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/FERROCARRILES/Estructura_ferr/. (Todas estas páginas web han sido consultadas el 28 de octubre de 2011). Y es que esta independencia, cuando la empresa operadora sea propiedad del Estado, ya la prevé la Directiva 2001/12/CE Art. 1.6 (adaptado): “Los Estados miembros garantizarán que, por lo que se refiere a la gestión, administración y control interno de los asuntos administrativos, económicos y contables, las empresas ferroviarias directa o indirectamente propiedad de los Estados miembros o controladas por estos gocen de un estatuto independiente con arreglo al cual tengan, en especial, patrimonio, presupuestos y contabilidades separados de los del Estado. En materia de tarificación y adjudicación, el administrador de la infraestructura será responsable de su gestión, administración y control interno.”

No en vano dice MONTERO PASCUAL, J.J.¹²⁶⁵ que *“el tradicional monopolista público mantiene sus derechos exclusivos para la gestión de las infraestructuras al tiempo que el Estado mantiene la propiedad del principal operador de servicios. Se genera así el riesgo de discriminaciones anticompetitivas en el acceso a las infraestructuras”*.

A pesar de los esfuerzos regulatorios hasta ese momento, el asunto GVG c/FS, que hemos analizado en el capítulo anterior, llega de la mano de la DRE/EFD, hasta la Comisión que toma su Decisión en 2004: *“El hecho de que FS continúe negando el acceso a la infraestructura a GVG demuestra que el gestor de infraestructura en una estructura verticalmente integrada, incluso aunque sea parte de un holding, como es el caso de FS, implica un conflicto de intereses. De lo contrario, es difícil de explicar por qué el operador de red FS (RFI) no intentaba jugar un papel más pro-activo en la comercialización de su propia capacidad de red, con GVG a fin de maximizar los beneficios provenientes de los cánones por el uso de la infraestructura. Este caso apoya de este modo la visión de que la red ferroviaria debe ser completamente separada de la operación de los servicios de transporte si el mercado va a operar en el interés público”*¹²⁶⁶.

De esta problemática se hace eco la nueva Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un espacio ferroviario europeo único¹²⁶⁷. Al hilo de lo que venimos diciendo son especialmente significativas dos nuevas disposiciones:

Artículo 5 - “Gestión de las empresas ferroviarias según principios comerciales. 4. Si el Estado miembro posee o controla directa o indirectamente la empresa ferroviaria, sus derechos de control relacionados con la gestión no excederán de los derechos de control relacionados con la gestión que la legislación nacional concede a los accionistas de las sociedades anónimas. Las líneas directrices de política general, mencionadas en el apartado 3, que pueda establecer el Estado para las empresas en relación con el ejercicio

¹²⁶⁵ MONTERO PASCUAL, J.J.: “La transición a la competencia en el transporte ferroviario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 4, 2009, pp.121-136.

¹²⁶⁶ En la revista ‘Competition in railways’, CPN 2003, número 3. Véase también el asunto GVG c/ FS en el capítulo anterior, epígrafe V- 1, 4).

¹²⁶⁷ Propuesta de Directiva de 17 de septiembre de 2010 [COM(2010) 475], cuyo objetivo es la refundición de los paquetes ferroviarios anteriores para simplificar la legislación existente, clarificando algunas disposiciones y modernizando dicha normativa mediante la eliminación de las disposiciones obsoletas e introduciendo otras nuevas.

del control por los accionistas sólo serán de carácter general y no condicionarán decisiones comerciales concretas de la dirección.”

Artículo 7 - “Independencia de las funciones esenciales del administrador de infraestructuras. 3. Cuando las disposiciones del capítulo IV, secciones 2 (Cánones por utilización de infraestructuras) y 3 (Adjudicación de capacidad de infraestructura) se refieran a funciones esenciales de un administrador de infraestructuras, se entenderá que éstas se aplican al organismo de tarificación o al organismo de adjudicación dentro de sus competencias respectivas.” No debemos pasar por alto el hecho de que dice expresamente *“funciones esenciales”*.

En esta línea, la OECD plantea bien todos los aspectos de las dificultades en el acceso a infraestructuras o recursos esenciales cuando estima en un informe de 2006 que¹²⁶⁸:

“Las decisiones de política referidas al acceso a infraestructuras clave son las más complejas, aunque potencialmente las más fructíferas bajo las condiciones en las cuales la DRE/EDF se originó.

Las cuestiones del acceso son más complejas y más importantes desde el punto de vista de competencia cuando:

- la falta de acceso a un recurso impondría una desventaja sustancial de coste a cualquier proveedor en el mercado;*
- esta falta de acceso de uno o más proveedores dañará a los consumidores;*
- la capacidad en el recurso es limitada;*
- no está previsto que el recurso vaya a ampliarse o el acceso es difícil;*
- el acceso al recurso no está sujeto a importantes economías de integración vertical (eficiencia o seguridad), escala o alcance; y*
- son posibles cambios respecto a la asignación de la capacidad actual entre proveedores independientes que beneficiará a los consumidores.*

Cuando estas condiciones existen, la petición de acceso a través de la utilización de la DRE/EDF puede resultar atractiva en comparación con la regulación de un monopolista verticalmente integrado (a veces también franquicia). La medida del acceso puede aprovechar el incentivo de la competitividad para reducir precios, aumentar la calidad e innovar en mercados primarios y secundarios. Considerar el acceso como sustituto de una reglamentación intensiva de un monopolio natural ofrece una oportunidad para examinar los costes y beneficios de las alternativas tanto a corto como a largo plazo. La

¹²⁶⁸ OECD, “Access to key Transport Facilities”, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, (Competition Committee), DAF/COMP(2006)29, 09-Nov-2006.

disminución a largo plazo de incentivos para minimizar costes e innovar que a menudo se asocian con la regulación, puede decantar la balanza hacia la alternativa del acceso obligatorio. Entendiéndose en el sentido de que el acceso permitirá la operación competitiva de los mercados primario y secundario relacionados, y por lo tanto, de que se retomen los incentivos asociados de la disminución de precios, aumento de calidad e introducción de la innovación.

Puede ser insuficiente para garantizar el acceso en pie de igualdad y en condiciones razonables la simple imposición de una obligación contractual del ofrecimiento de acceso igualitario a la infraestructura de transporte si el dueño del recurso esencial tiene incentivos y la habilidad de discriminación o indirectamente la denegación de acceso a nuevos operadores y competidores actuales. El acceso puede estar sujeto a formas sutiles de discriminación que son difíciles de detectar y documentar. Los cambios estructurales que reducen los incentivos de discriminación, como la separación vertical, deberían ser considerados una alternativa o suplemento a reglas de comportamiento u obligaciones contractuales.

En las economías que se desplazan hacia la apertura y orientación a consideraciones de mercado, las cuestiones de recursos esenciales pueden haber estado latentes porque la propiedad estatal descartaba la competencia u obligaba el acceso a través de la imposición. Una vez que la propiedad privada y la competencia surgen en el establecimiento de un mercado, los incentivos individuales de las empresas afloran, incluidos los incentivos de discriminar en contra de los competidores buscando acceso al recurso esencial¹²⁶⁹. Las autoridades de competencia pueden evitar el perjuicio a los consumidores y a la competencia anticipándose en áreas donde es probable que surjan cuestiones de esencialidad de un recurso. Pueden tratar de coordinar con un regulador sectorial con el fin de remediar cuestiones de acceso potenciales antes de que el perjuicio esté hecho.” Es decir, antes de que se produzca el abuso y tengamos que aplicar el art. 102 TFUE.

La experiencia en el sector ferroviario, así como en otras industrias de servicios públicos, muestra que las autoridades de la competencia (las cuales solo pueden intervenir en la mayoría de los casos a posteriori) tienen pocos recursos para asegurar un acceso efectivo y puntual a los nuevos operadores existentes, debido a que los antiguos monopolios

¹²⁶⁹ Ciertamente como se dice en el siguiente párrafo, una vez que se libera un mercado y se introduce la competencia, muchas veces, como en el sector ferroviario aun a través de la separación vertical, la empresa separada aun sigue teniendo incentivos de discriminación, por ello el Derecho de la competencia debe controlar los abusos que puedan cometerse en contra de la competencia en general.

tradicionales generalmente tratan de retrasar la liberación del mercado, y con ello, la introducción de una competencia efectiva, o una vez liberalizado el mercado surgen los incentivos de discriminación en contra de los competidores¹²⁷⁰. Pero es que además, la aplicación de las normas de Competencia varía a través de las diferentes jurisdicciones dependiendo no tanto de los modelos de competencia establecidos¹²⁷¹, como de las características propias de los sistemas legales y procesales nacionales. La reciente descentralización del sistema de aplicación del mismo Derecho de la Competencia comunitario y el principio del efecto directo de la legislación de la Unión son elementos de los que la Comisión se sirve con el fin de introducir una “cultura” de aplicación real del Derecho de la Competencia a todos los niveles en los Estados. Si bien es cierto que la Comisión seguirá teniendo una función clave en la dirección de la política de Competencia, no está tan claro cómo se orquestan funcionalmente las autoridades de Competencia nacionales y los tribunales, o qué tribunales son competentes para la resolución de estos asuntos cuando no siempre es obvio a qué orden pertenecen (civiles, mercantiles y/o de defensa de la competencia y sin entrar, como en el caso español, en la esfera autonómica)¹²⁷². Amén de si las autoridades de Competencia nacionales y los tribunales nacionales estarán tan motivados como la Comisión por los objetivos de integración europeístas favoreciendo una interpretación uniforme de la ley de acuerdo al espíritu de los Tratados de la Unión, y específicamente, de una economía de libre mercado regulada por la competencia.

¹²⁷⁰ “La presencia del gestor de la red en los mercados descendentes de servicios de transporte sobre la red ferroviaria abiertos a la competencia supondría una amenaza para el desarrollo de una competencia efectiva”, BARRERA REY, LARA TEJERO, MAS MAÑEZ, Y RODRIGUEZ OVEJERO, “Integración vertical y política pública” en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, no. 31, 2008, pp. 11 a 39. Se trata de los servicios ferroviarios relacionados; véase al respecto también en el cap. IV, epígrafe V- 3.

¹²⁷¹ La alineación sustantiva de las legislaciones de competencia nacionales con el modelo de la Unión ha sido la tónica de los últimos años. Véase MAHER, I., *Alignment of Competition Laws in the European Community*, 16 *YEL*, 1996, pág. 223.

¹²⁷² En el asunto C-261/95 *Palmisani*, *Rec.* (1997) pag. I-4025, párr. 27, “...queda para el sistema legal domestico de cada Estado miembro designar los tribunales que tengan jurisdicción y sentar las reglas procesales detalladas que rijan las acciones para la salvaguarda de los derechos que se derivan directamente de la legislación comunitaria, teniendo en cuenta que esas reglas no sean menos favorables que aquellas que rijan acciones domesticas similares (principio de equivalencia) y que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la legislación de la Comunidad (principio de efectividad)”.

Por otra parte, dice Weatherill (pág. 564) que uno puede perfectamente preguntarse si la casi total inexistencia de contenciosos privados durante varias décadas es revelador de la profunda desincentivación de llevar estos asuntos ante un tribunal, a pesar de la introducción Libro Verde sobre acciones por daños y perjuicios por infracción de las reglas de Competencia (COM (2005) 672) y su Libro Blanco de seguimiento (COM (2008) 165).

Siendo consciente la Comisión de los recursos limitados del Derecho de la Competencia es por lo que dentro del sector ferroviario comunitario se avanza más en la regulación con la introducción de no uno, sino hasta tres paquetes ferroviarios. Introduciendo además en el primer paquete ferroviario la figura del Organismo Regulador Ferroviario¹²⁷³, como vimos en el capítulo I, *cuya principal función es asegurar un acceso justo y no discriminatorio a la red ferroviaria y sus servicios*¹²⁷⁴.

4. Supervisión reglamentaria: refuerzo de la independencia del Regulador Ferroviario

4.1. El impulso del organismo regulador ferroviario

Considerando que las Directivas del primer paquete ferroviario debían haberse incorporado a las legislaciones nacionales el 15 de marzo de 2003, y que nada menos que 22 Estados miembros no habían aplicado correctamente las tres Directivas del primer paquete ferroviario, en junio de 2008, tardíamente la Comisión incoó procedimientos de infracción contra los Estados miembros por aplicación indebida o incompleta del primer paquete ferroviario¹²⁷⁵. Se estima que esta situación ha impedido el desarrollo de la cuota del ferrocarril en el transporte en general siendo función del Regulador Ferroviario haber ayudado en este proceso. Sin embargo, poco podían hacer

¹²⁷³ Art. 10-7 de la Directiva 2001/12/CE y arts. 30 y 31 de la Directiva 2001/14/CE.

¹²⁷⁴ Así lo dice la pagina web de la Comisión Europea referente a los Organismos regulatorios ferroviarios, en que se da un listado de todos ellos con sus datos. En http://ec.europa.eu/transport/rail/market/regulatory_bodies_en.htm (consultada el 19 de octubre de 2011).

¹²⁷⁵ Puede verse en el *DOUE C 328/26 de 4 de diciembre de 2010*. Para el caso de España, véase el asunto C-483/10, *Comisión Europea c/ España* incoado por no cumplir con las obligaciones establecidas en la Directiva 2001/14 en lo siguiente:

1. Respecto al art. 4-1 de la Directiva porque el nivel de cánones de acceso a la infraestructura es determinado exclusivamente por las autoridades estatales, limitándose ADIF al mero cobro de los mismos.

2. Respecto al art. 11-2, puesto que el sistema de tarificación por uso de la infraestructura introducido por las autoridades españolas no establece ningún sistema de incentivos de acuerdo con los criterios que expone esta disposición.

3. Respecto al art. 30-1, puesto que la legislación española no garantiza que el Comité de Regulación Ferroviaria es suficientemente independiente *vis-a-vis* de ADIF ni de RENFE-Operadora.

4. Respecto al art. 10-7 de la Directiva 91/440 porque el CRF carece de los medios necesarios para desarrollar la función conferida de monitorización de la competencia en el mercado de servicios relacionados.

5. Respecto a los arts. 13-2 y 14-1, puesto que la legislación española establece criterios para la adjudicación de capacidad de infraestructura que son discriminatorios; lo que, además, puede resultar de hecho en adjudicaciones que duren mas de un periodo de trabajo; a los criterios también les falta detalle.

los Organismos Regulatorios cuando no se los dotó ni de la suficiente autonomía de gestión, ni de las suficientes competencias, ni de los suficientes recursos para hacer posible la misión a ellos encomendada en las citadas Directivas.

A esta situación pretende dar solución la *nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un espacio ferroviario europeo único*¹²⁷⁶. El sector ferroviario aun tiene graves fallos de mercado. A través de la regulación se han aplicar remedios en tres ámbitos: a) inadecuación de la financiación y tarificación de la infraestructura; b) persistencia de las barreras a la competencia; c) falta de supervisión reglamentaria adecuada.

El panorama que describe la Propuesta refleja la falta de transparencia de las condiciones de mercado y las deficiencias en el funcionamiento del marco institucional que continúan dificultando la entrada en el sector de nuevas empresas que ofrezcan servicios ferroviarios competitivos. Otro aspecto importante es la persistente discriminación que experimentan las empresas nuevas en el sector a la hora de obtener acceso a los servicios relacionados con el ferrocarril, explotados a menudo por las empresas históricas. Todavía existe discriminación en las condiciones de acceso a la infraestructura (adjudicación de franjas y fijación de cánones). Si la gestión eficiente y la utilización justa y no discriminatoria de la infraestructura ferroviaria requiere el establecimiento de un organismo regulador¹²⁷⁷, los problemas mencionados se ven agravados por las dificultades a las que se enfrentan los organismos reguladores cuando ejercen sus funciones de supervisión, especialmente a la hora de asegurar la no discriminación entre empresas ferroviarias y de comprobar si se aplican adecuadamente los principios de tarificación o si se respeta plenamente la separación de cuentas¹²⁷⁸. Estas dificultades se deben con frecuencia a la falta de personal cualificado y de otros recursos. En varios casos, ha sido un factor agravante la insuficiente independencia de los administradores de infraestructuras, de la empresa ferroviaria histórica o del Ministerio titular de los derechos de propiedad del explotador histórico¹²⁷⁹.

¹²⁷⁶ Propuesta de Directiva de 17 de septiembre de 2010 [COM (2010)475], (aun no adoptada a 25 de junio de 2012).

¹²⁷⁷ Conforme al considerando 46 de la Directiva 2001/14.

¹²⁷⁸ Hasta esta Propuesta ninguna entidad tiene atribuida competencia para supervisar y hacer cumplir que las empresas históricas respeten la separación de cuentas de las actividades que gozan de un monopolio legal de las que están sujetas a la competencia, lo que en muchos casos no se habrá cumplido debidamente. Tal medida esta en la línea con la idea de que la solución no esta tanto en regular mas sino en poder hacer que se cumpla lo regulado.

¹²⁷⁹ Así lo dice la Propuesta de Directiva mencionada en su apartado 1.2.b).

Las principales funciones del Organismo Regulador Ferroviario son¹²⁸⁰:

- ser un órgano de apelación en relación con las decisiones tomadas por el gestor de la infraestructura o un operador ferroviario en relación con condiciones de acceso discriminatorias
- garantizar que los cánones fijados por el gestor de la infraestructura no sean discriminatorios. Supervisar cualquier negociación entre un aplicante y el gestor de infraestructuras en el nivel de dichos cánones e intervenir si es necesario
- Monitorizar la competencia en el *mercado de servicios de ferrocarril*¹²⁸¹.

Amplias funciones de control las que debe cumplir el Regulador ferroviario en tres ordenes específicos: en el acceso a la infraestructura ferroviaria, en los canones para dicho acceso y en la supervisión de los servicios ferroviarios relacionados. Estas funciones son desarrolladas por dicha Propuesta, y ya son lo bastante amplias sin que el Regulador deba excederse en sus atribuciones competenciales hacia el ámbito del Derecho de la Competencia. En otras palabras, el Regulador se crea para dar solución a estos fallos definidos del mercado *con el fin de asegurar el acceso no discriminatorio y supervisar la competencia en los mercados ferroviarios*¹²⁸². El art. 57 de la misma Propuesta lo confirma: “...en sus tareas de supervisión del mercado y tratamiento de reclamaciones o investigaciones.”

Así la misma Propuesta indica que *se propone asegurar que los organismos reguladores estén en condiciones de desempeñar sus funciones eficazmente, gracias al refuerzo de su independencia, el aumento de sus competencias y de otros medios a su disposición* (aptdo. 2.3.c)).

¹²⁸⁰ Funciones que se recogen en la pagina web de la Comisión Europea respecto a los Reguladores Ferroviarios, consultada en el 19 de octubre de 2001, http://ec.europa.eu/transport/rail/market/regulatory_bodies_en.htm

¹²⁸¹ Se refiere a los servicios ferroviarios relacionados, que ya hemos examinado en el capítulo anterior en el epígrafe V-3, y que distingue como un mercado aparte, lo que viene respaldado en la Propuesta de Directiva del PE y del Consejo *por la que se establece un espacio ferroviario europeo único*, en el Considerando (22) -que es *nuevo* en relación con las Directivas anteriores, ya que esta Propuesta es una refundición de los paquetes ferroviarios-: “Con el fin de garantizar la libre competencia entre las empresas de ferrocarriles, es conveniente hacer una distinción entre la prestación de servicios de transporte y la explotación de instalaciones de servicio. Como consecuencia de ello, es necesario que ambas actividades sean gestionadas independientemente como entidades jurídicas diferentes. Esta independencia no tiene por qué conllevar el establecimiento de un organismo o empresa separada para cada instalación de servicio.”

¹²⁸² Como dice expresamente la propia Propuesta en su pág. 3 primer párr. aptdo. 1.1.

En efecto, en el ejercicio de sus funciones el Regulador debe ser independiente de cualquier otra autoridad pública, especialmente la independencia respecto a la autoridad pública que ejerza derechos de propiedad sobre la empresa ferroviaria histórica, reducirá el potencial de conflicto de intereses y de este modo reforzará la capacidad y la credibilidad de la supervisión. De hecho, esta Propuesta faculta al Regulador Ferroviario a supervisar los contratos plurianuales, que veremos en el epígrafe VI-5 de este capítulo, en el sentido de evaluar la conveniencia del instrumento para la dotación presupuestaria a largo plazo de acuerdo a objetivos de rendimiento, y ello porque -dice la misma Propuesta (aptdo. 4.9)- *esta evaluación independiente puede disminuir el riesgo de que las empresas ferroviarias históricas se valgan de su influencia política para condicionar los acuerdos.*

Por si no queda claro el art. 55 de la Propuesta exige la total independencia del organismo regulador ferroviario: *será en el plano organizativo, funcional, jerárquico y de toma de decisiones una autoridad jurídicamente independiente de cualquier otra autoridad pública. Asimismo, será independiente de todo administrador de infraestructuras, organismo de tarificación, organismo adjudicador y candidato en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones. Además, deberá ser funcionalmente independiente de toda autoridad competente que participe en la adjudicación de un contrato de servicio público.*

4.2. El Comité de Regulación Ferroviario Español

El Comité de Regulación Ferroviario Español (CRF) fue creado en 2005, centrándose su labor en la realización de informes técnicos y normativos¹²⁸³. La Disposición final vigésimo tercera de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de economía sostenible (BOE de 5.03.2011) introduce modificaciones en la Ley 39/2003 de 17 de noviembre del Sector Ferroviario, que afectan al contenido de la Actualización de la Declaración sobre la Red de 2011, en el capítulo I, apartado 1.1.1.2. Principales Agentes del Sector Ferroviario en España, epígrafe B Órgano Regulador. *Se amplían y modifican las funciones del Comité de Regulación Ferroviaria.* Debemos tener en cuenta que esta reforma se lleva a cabo para ir adaptando la regulación española a las Directivas en vigor debido al procedimiento

¹²⁸³ De hecho, a 21 de octubre de 2011, su actual Presidente Juan Miguel Sánchez en la Jornada Técnica Optired “La regulación ferroviaria europea. Impacto sobre un mercado liberalizado” que tuvo lugar en la Fundación de Ferrocarriles de Madrid dijo que actualmente el CRF cuenta con un Presidente y cuatro vocales como únicos recursos humanos.

judicial de la Comisión contra España ante el TJUE por su falta de transposición. Así pues, el art. 82 de la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario queda modificado como sigue:

“... órgano colegiado adscrito al Ministerio de Fomento, que se regirá por los arts. 22 a 27 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que actuará con independencia funcional plena, en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones, de todo administrador de infraestructuras, organismo de tarificación, organismo adjudicador y candidato ... El presidente y los vocales serán designados por el Ministerio de Fomento, entre personas de reconocida competencia profesional en el sector ferroviario o en la regulación de mercados¹²⁸⁴ ... El comité podrá proceder a la ejecución forzosa de sus resoluciones por cualquiera de los medios previstos por la Ley 30/1992 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ... serán recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de conformidad con lo dispuesto en la ley reguladora de dicha jurisdicción.”

La gran y acertada novedad es que el comité podrá proceder a la ejecución forzosa de sus resoluciones, sin tener que agotarse la vía administrativa. Por otra parte, ya hemos visto que tanto el gestor de la infraestructura, ADIF, como la empresa dominante de servicios de transporte ferroviario, Renfe, son entidades públicas dependientes del Ministerio de Fomento¹²⁸⁵. También lo es el CRF, luego será difícil en la práctica garantizar la independencia que propone la nueva Directiva, por mucho que haya una separación jurídica de entidades en el plano formal. Con mayor abundamiento cuando la financiación viene del Ministerio de Fomento.

En cuanto a la delimitación de funciones respecto a las autoridades de Competencia solo dice el apartado b) del art. 83 que el CRF ostenta la competencia de *emitir informe*

¹²⁸⁴ No está claro si esta *reconocida competencia profesional en el sector ferroviario* entrará en conflicto con el art. 53-3 de la Propuesta de Directiva que dice “Serán seleccionados entre personas que no hayan ocupado un puesto o desempeñado una responsabilidad como profesionales, ni tenido un interés en las empresas o entidades reguladas, ni mantenido una relación comercial con ellas, de manera directa o indirecta, durante los tres años anteriores a su nombramiento, ni tampoco durante su mandato. Después, no ocuparán un puesto como profesionales ni tendrán ninguna responsabilidad, interés o relación comercial con ninguna de las empresas o entidades reguladas durante un periodo no inferior a tres años.” La disposición es tajante y muy restrictiva: no haber ocupado un puesto ni tener ninguna relación comercial ni interés alguno, aunque habrá que determinar cuáles son las empresas reguladas, suponemos que Adif y Renfe. Ahora bien, ¿quién va a controlar que así sea? ¿Quién se va a atrever a demandar al Regulador si no cumple esta disposición ante un tribunal contencioso-administrativo?

¹²⁸⁵ Véase la nota al pie 170.

determinante sobre los expedientes en materia ferroviaria tramitados por la Comisión Nacional de Competencia. Cuando la Comisión Nacional de Competencia, en su caso, resuelva, solo podrá disentir del contenido del informe determinante de forma expresamente motivada.

Y ya para incentivar al operador que quiera entrar en este de por sí complejo sistema regulatorio y que se sienta protegido en la denuncia de cualquier discriminación que pudiera sufrir, dice el apartado 2-5 del art. 83 que cuando se trate de reclamaciones entre empresas ferroviarias y los restantes candidatos, o entre aquellas y éstos entre sí, se establecerán reglamentariamente las condiciones en que *podrá exigirse a éstos el pago de los gastos que ocasione el procedimiento*. Está claro, solo un operador muy poderoso podrá desafiar a Renfe.

4.3. Distinción entre el marco regulatorio y el ámbito del Derecho de la Competencia

Solo nos resta, en relación a la delimitación de las funciones del Organismo Regulador, y para reflejar el marco regulatorio completo, retomar las cuestiones planteadas en el cap. II; por tanto, el Regulador Ferroviario en el ejercicio de sus funciones habrá de tener en cuenta:

1. La regulación es una vía alternativa para la preservación del carácter competitivo de los mercados, que tiene una particular trascendencia en los mercados liberalizados¹²⁸⁶.
2. En la preservación del carácter competitivo de los mercados, la regulación sectorial por su especificidad desplaza la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia.
3. Las funciones de defensa y promoción de la competencia que asumen las autoridades sectoriales nacionales, exclusivamente se canalizan a través de la regulación *ex ante*. Como principales medidas utilizadas por la regulación para promover la competencia se cuentan el deber de acceso y la separación

¹²⁸⁶ LAGUNA DE PAZ, J.C., “Autoridades de Defensa de la Competencia y Reguladores Sectoriales, a propósito de la STS de 6 de octubre de 2010”, *RCD*, no. 9, 2011, pp.151-157. Este autor dice que “en el marco normativo vigente hay que entender que las funciones de defensa y promoción de la competencia que asumen las autoridades sectoriales, exclusivamente se canalizan a través de la regulación *ex ante*: controles preventivos y títulos habilitantes; régimen de acceso e interconexión; asignación de recursos escasos; imposición de obligaciones de servicio publico, etc.

empresarial, ya sea contable, funcional o estructural. Ambas medidas se recogen en el primer paquete ferroviario.

4. Al aplicar la normativa sectorial, los reguladores utilizan, -e incluso las mismas Directivas usan terminología y definiciones propias del Derecho de la Competencia-, la metodología propia del Derecho de la Competencia, pero solo a los efectos de aplicar sus propios remedios, previstos en la propia regulación sectorial. Como por ejemplo son dignas de mencionar la determinación de cuando un grupo de sociedades funciona como unidad económica, la delimitación del mercado relevante, o la identificación de una posición de dominio en un mercado. Ahora bien, lo que en ningún caso cabe es que estas autoridades regulatorias puedan declarar infracciones a las normas generales de defensa de la Competencia¹²⁸⁷.
5. Así pues, los reguladores sectoriales ejercen funciones específicas pero complementarias de las que corresponden a las autoridades de defensa de la Competencia. Sin embargo, solo las autoridades de defensa de la Competencia tienen la capacidad de declarar y sancionar las conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia. Si, en el ejercicio de sus funciones, las autoridades sectoriales consideran que una conducta es contraria al Derecho de la Competencia, deberán ponerlo en conocimiento de los órganos de defensa de la competencia.¹²⁸⁸
6. Existe un deber de cooperación entre ambos organismos, e incluso puede darse un sistema de competencias concurrentes como ocurre en Reino Unido y en Holanda¹²⁸⁹. Tal cooperación no debe implicar que se solapen actividades o

¹²⁸⁷ Véase LAGUNA DE PAZ, J.C., “Autoridades de...”, en nota al pie anterior, en relación a la STS de 6 de octubre de 2010 del recurso de casación 1338/2008 contra Telefónica, y otras resoluciones que nombra la propia sentencia.

¹²⁸⁸ Así la Ley actual de Defensa de la Competencia 15/2007 española en su art. 17.2.a) impone a los reguladores sectoriales el deber de comunicar a la Comisión Nacional de la Competencia las actuaciones de que tengan conocimiento que puedan ser contrarias a la competencia. De tal obligación también se ha hecho eco la Jurisprudencia del TS, entre otras, por ejemplo, en el Fundamento Jurídico 3 de la STS a que se hace referencia en la nota al pie anterior. Por su parte, el art. 83-2 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE núm. 276 de 18/11/2003), en su versión modificada por la disposición final 23.4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, ([BOE-A-2011-4117](#)) dentro de las competencias que se atribuyen al Comité de Regulación Ferroviaria se incluye “e) *Emitir informe determinante sobre los expedientes en materia ferroviaria tramitados por la Comisión Nacional de la Competencia.* Dicho informe deberá emitirse en un plazo de quince días. *Cuando la Comisión Nacional de la Competencia, en su caso, resuelva, sólo podrá disentir del contenido del informe determinante de forma expresamente motivada.*” Luego se prevé que puedan solaparse sus competencias.

¹²⁸⁹ Este deber de cooperación se recoge en el art. 17.1 de nuestra Ley actual de Defensa de la Competencia 15/2007 española. En Uk el Competition Act de 1998 reconoce atribuciones concurrentes entre la Office of Fair Trading y los diferentes reguladores sectoriales (OECD: “Abuse of Dominance in regulated sectors”, DAF/COMP/GF (2005)3, págs. 3 y 4). En Holanda, incluso se

desarrollen actuaciones paralelas, especialmente para evitar que los afectados puedan elegir entre las autoridades administrativas competentes o presenten denuncias múltiples, con el riesgo de obtener resoluciones contradictorias. La coincidencia parcial de objetivos explica las dificultades para definir sus atribuciones respectivas, a lo que se añade la falta de claridad normativa que no siempre ha definido con precisión las competencias que corresponden a cada organismo. Ahora bien, siguiendo caminos distintos, ambos organismos tratan de garantizar la efectividad de la competencia en los mercados.

7. Sin olvidar, que los reguladores carecen de potestad reglamentaria que les permita contribuir a tipificar infracciones como conductas anticompetitivas, aunque en el ámbito de sus competencias podrán dirigir instrucciones a los operadores con la finalidad de salvaguardar la concurrencia en el mercado.
8. La regulación sectorial ferroviaria se deja en manos de los Estados miembros que han de transponer las Directivas en la materia a su Derecho interno. Los organismos regulatorios son órganos nacionales y aplican la legislación nacional; además, no existe un único regulador internacional para todo el ámbito comunitario¹²⁹⁰. Ahora bien, si se plantea un conflicto entre el derecho de la Competencia comunitario y el nacional o con la regulación sectorial nacional, prevalece el Derecho comunitario porque el Derecho interno de los Estados no puede contradecir ni obstaculizar la aplicación plena y uniforme del derecho comunitario ni la eficacia de los actos derivados del mismo. No solo se trata de los principios de supremacía y efecto directo del Derecho comunitario, sino que también es la razón de ser del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 TCE* y, en especial, su art. 3, que busca el efecto de suprimir la aplicación del derecho interno en caso de conflicto con el Derecho comunitario.

Entendemos que no se ha prestado la suficiente atención a esta problemática, ante determinadas actuaciones no siempre será fácil ver en qué ámbito nos situamos, si han

integran dentro de la autoridad de competencia (Jornada Técnica Optired titulada “La regulación ferroviaria europea. Impacto sobre un mercado liberalizado”, que tuvo lugar en la Fundación de Ferrocarriles, Madrid, el 21 de octubre de 2011).

¹²⁹⁰ En este sentido, se ha de resaltar la cuestión de las diferencias existentes entre las diferentes normas internas en los Estados miembros. *La coexistencia de estas diferentes normativas estatales puede falsear la competencia en la UE* como se dice en el caso de la sentencia del TJCE de 5 de diciembre de 1996, *Merck y Beecham*, C-267/1995 y C-268/1995, Rec. pag. I-6285 apartado 47.

de aplicarse la normativa regulatoria o las disposiciones generales de Competencia¹²⁹¹. Al respecto, la nueva Propuesta de Directiva del PE y del Consejo *por la que se establece un espacio ferroviario europeo único* solo prevé la cooperación entre los organismos reguladores estatales (art. 57) y la posibilidad de que los Estados miembros establezcan reguladores competentes para varios sectores (art. 55.(2))¹²⁹². Efectivamente, es un tema de cierta sensibilidad, cómo se organicen las competencias nacionales entre organismos de Competencia y sectoriales, que incluso puede necesitar de justificación jurídica basada en el principio comunitario de subsidiariedad. Ahora bien, si ya es de por sí difícil para los propios expertos delimitar competencias, es muy probable que para el pequeño operador o empresa ferroviaria sea difícil vislumbrar cuales son sus opciones ante dificultades de acceso a los mercados, por lo que es previsible que muchas cuestiones ni siquiera lleguen a tener control judicial por su complejidad. Lo que nos lleva a que el Organismo Regulatorio acabe *atrapado*, no ya por las empresas dominantes, el Ministerio respectivo o el administrador de infraestructuras, sino porque acabe usando su valioso tiempo en cuestiones de distribución de competencias.

5. La falta de incentivación de la empresa dominante puede afectar a la inversión y a la calidad

Uno de los aspectos mas debatidos respecto a la aplicación de la EFD/DRE esta relacionado con los incentivos de la empresa dominante de invertir e innovar en el recurso o instalación si, de todos modos, ha de garantizar el acceso al mismo a sus competidores, como pone de manifiesto el A.G. Jacobs respecto al asunto *Bronner* en sus Conclusiones (párr. 57):

“..., la justificación, en el ámbito de la política de la Competencia, de una intromisión en la libertad de contratar de una empresa dominante exige en ocasiones proceder a una atenta ponderación de consideraciones divergentes. A largo plazo, es generalmente favorable para la competencia y de interés para los consumidores permitir que una sociedad se reserve para su propio uso aquellas instalaciones que haya desarrollado

¹²⁹¹ Por el principio *non bis in idem*, la intervención de una de las dos autoridades, tanto si sanciona la actuación como si declara su licitud, excluye la posibilidad de que la otra autoridad por los mismos hechos y razones, controle después dicha conducta. En cambio, este principio no se infringe cuando las sanciones son respuesta a incumplimientos que específicamente incumben en áreas distintas a cada una de las autoridades.

¹²⁹² Ahora bien, en el art. 56-8 se introduce en la regulación respecto a la separación contable de la histórica empresa ferroviaria nacional que “*El organismo regulador podrá también sacar conclusiones de estas cuentas respecto a cuestiones de ayudas estatales, de las que informará a las autoridades responsables de la resolución de este tipo de cuestiones.*” Quien sea la autoridad responsable queda por determinar.

para las necesidades de su actividad. Por ejemplo, si se concediera con demasiada facilidad el acceso a una instalación de producción, de compra o de producción, un competidor no se vería estimulado a crear unas instalaciones similares. De esta forma, la competencia se reduciría a largo plazo aun cuando, a corto, se incrementara. Por añadidura, una empresa dominante se vería menos estimulada a invertir en unas instalaciones eficaces si sus competidores pudieran, previa solicitud, compartir sus beneficios. De esta forma, el mero hecho de que una empresa conserve una ventaja sobre un competidor al reservarse el uso de una instalación no puede justificar que se exija el acceso a ésta.”

Por tanto, se pueden producir dos tipos de desincentivación a la inversión e innovación: por parte de la empresa dominante, porque si ha de compartir los frutos de su esfuerzo no seguirá invirtiendo en la mejora del recurso o instalación o en la creación de otras nuevas, y por parte, del competidor, que al tener garantizado el acceso no asumirá riesgos ni se esforzará lo suficiente en crear o desarrollar sus propias instalaciones o recursos¹²⁹³.

En la incentivación de la empresa propietaria o gestora del recurso es fundamental establecer un precio o tarifa de acceso a un nivel adecuado que compense la obligación de acceso impuesta y, que, a su vez, no la desmotive de seguir invirtiendo en el recurso. En este sentido, RIDYARD, D.¹²⁹⁴ es de la opinión de que el acceso al coste variable a corto plazo o coste operativo viene a ser lo mismo que una confiscación completa del valor del activo asociado con el recurso esencial. No se descarta que pueda darse el caso que tal confiscación no signifique ningún problema, pero en la generalidad de los casos sería muy irresponsable que se use el Derecho de la Competencia para negar el valor de activos que se han generado gracias a la inversión, el esfuerzo, o la toma de riesgo de las empresas. Tal actitud se calificaría como una intervención perjudicial desde el punto de vista comercial, ya que ignora consideraciones de eficiencia económica por objetivos de eficiencia estática.

¹²⁹³ En contra de esta opinión, entre otros, STOTHERS C., que dice que cuando no es posible para el competidor crear sustitutos a la instalación constituye un abuso denegar el acceso a la misma. STOTHERS, C.: “Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the EU”, *ECLR*, vol. 22, n° 7, 2001, pp. 262 y ss.

¹²⁹⁴ RIDYARD, D.: “Essential facilities and obligations to supply competitors under UK and EC Law”, *ECLR*, n° 8, 1996, p. 451.

Consecuentemente, unos criterios claros de aplicabilidad de esta doctrina mejoran la predictibilidad de la ley y con ello, de la seguridad jurídica, donde de este modo cada parte sea capaz de distinguir situaciones en que la aplicación de la doctrina desincentivaría la inversión de las que no hay riesgo de que ésto se produzca, o donde se pueda valorar si, denegando el acceso, el efecto perjudicial en la competencia es tal que las consideraciones sobre la incentivación son de menor importancia y, a la postre, este efecto perjudicial en la competencia impedirá la evolución del mercado.

Por otra parte, si no se impone al propietario o gestor del recurso esencial la obligación de garantizar el acceso o suministro, éste acaba por obtener unos ingresos monopolistas, lo que distorsiona la distribución de recursos. Es importante encontrar unos términos y condiciones de acceso, incluido un nivel adecuado de tarifa o canon para el acceso, que no desincentive la inversión del monopolista en la mejora y renovación del recurso y, que tampoco genere efectos perniciosos en contra de los competidores.

En este sentido, especialmente en el ámbito ferroviario, la Comisión detecta esta importante cuestión de la necesidad de motivación del gestor de la infraestructura para que invierta en su recurso esencial, en este caso, la infraestructura ferroviaria, porque afecta a la calidad, y con ello, a la seguridad. A pesar de que ya la Directiva 2001/14 se promulga recogiendo esta inquietud y estableciendo la obligación de suscribir *un acuerdo contractual entre la autoridad competente y el administrador de infraestructuras*, es la Comunicación de 6 de febrero de 2008 '*Contratos plurianuales en pro de la calidad de la infraestructura ferroviaria*'¹²⁹⁵, la que desarrolla y profundiza en la necesidad y el objeto de los que vienen a llamarse “contratos plurianuales”.

5.1. La importancia de la calidad y la seguridad de la infraestructura ferroviaria

La competitividad del sector ferroviario depende en gran medida de la disponibilidad y calidad de las infraestructuras¹²⁹⁶. El problema es el deterioro de la calidad de la infraestructura en determinados puntos de la UE debido a una financiación inadecuada

¹²⁹⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, que orchestra todo este sistema de incentivación destinado a la gestión e inversión en la calidad de la infraestructura ferroviaria por parte de los gestores de la infraestructura, [COM(2008) 54]. Con esta Comunicación se acompañan los Anexos (SEC(2008) 131), un documento de trabajo sobre la evaluación de impacto de esta comunicación (SEC(2008) 132) y un resumen de este último informe (SEC(2008) 133).

¹²⁹⁶ La política de transportes de la Comunidad Europea se ocupa de desarrollar y optimizar las infraestructuras de transportes garantizando la buena gestión de las mismas en términos de calidad, fiabilidad, flexibilidad y orientación al consumidor.

de su mantenimiento. La deficiencia de las infraestructuras provoca una drástica disminución de la calidad del servicio de transporte ferroviario, lo que impulsa a los clientes a decantarse por el transporte por carretera. Se crea así un círculo vicioso, en la medida en que los administradores de infraestructuras pierden ingresos que podrían haberse dedicado al mantenimiento.

Sin embargo, no se puede hacer depender el mantenimiento y renovación de la infraestructura de los fondos públicos, ya que siendo lo que se venía haciendo hasta ahora, los ferrocarriles nacionales arrastran deudas históricas¹²⁹⁷. Dice el art. 6(2) de la actual Directiva 2001/14: “Sin perjuicio de la seguridad, el mantenimiento y la mejora de la calidad del servicio de las infraestructuras, se incentivará a los administradores a que reduzcan los costes de la puesta a disposición de infraestructura y la cuantía de los cánones de acceso.” Y es que, inevitablemente, el apoyo público sin condiciones tiene el efecto pernicioso del olvido de la productividad y rentabilidad comercial. Para dar solución a esta problemática de la deficiencia de las infraestructuras se han de abordar tres carencias actuales difíciles de compaginar, que son:

- la sostenibilidad de la financiación de las infraestructuras de ferrocarriles,

¹²⁹⁷ Además puede considerarse una ayuda pública, lo que está prohibido por el Tratado. Ya la Directiva 91/440 preveía la concesión de ayudas destinadas a la amortización de deudas, pero siempre cumpliendo los arts. 73, 87 y 88 del TCE relativo a las ayudas públicas (ahora 93, 107 y 108 TFUE). La misma Directiva en el Considerando 7 establece que “los Estados deben velar por que las empresas ferroviarias públicas cuenten con una estructura financiera saneada”. El régimen actual de ayudas públicas al sector ferroviario se recoge en la Comunicación de la Comisión “Directrices comunitarias sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias” (DOCE C 184/13, de 22 de julio de 2008), como muestra su Considerando 14: “la concesión de ayudas puede autorizarse si contribuye a la realización de un mercado europeo integrado, abierto a la competencia e interoperable y a la movilidad sostenible comunitaria.” El régimen que establece permite cuatro tipos de ayudas: 1) Amortización de deudas históricas: Estas ayudas quedan bajo el marco del art. 87 TCE, y por ello, han de ser notificadas a la Comisión a fin de que establezca si son compatibles con el Tratado. Han de cumplirse cinco requisitos, siendo los dos más significativos el que la deuda histórica ha de haberse contraído antes del 15 de marzo de 2001, fecha en que entra en vigor la Directiva 2001/12 de apertura a la competencia, y la amortización no debe proporcionar a la empresa una ventaja competitiva que impida el desarrollo de la competencia, por ejemplo disuadiendo a nuevos actores de entrar al mercado. 2) Ayudas de reestructuración de las empresas ferroviarias de mercancías. Para este tipo de ayudas se establecen unas condiciones, como es la separación jurídica del sector de las mercancías mediante su transformación en una sociedad comercial de Derecho común, es decir, en una sociedad diferenciada o una unidad económica separada jurídicamente del resto, con el fin de impedir las subvenciones cruzadas y contribuir a que las relaciones financieras se desarrollen de forma duradera sobre una base comercial. Otra de las condiciones que merece la pena nombrar es que la ayuda no debe ser excesiva en el sentido de que no debe distorsionar la competencia ni en el sector ferroviario ni en la competencia multimodal. 3) Financiación de infraestructuras, la cual no se considera una ayuda a las empresas de servicios de transporte ferroviario si la utilización de la infraestructura está abierta a todos los usuarios potenciales sin discriminación y sujeta al canon previsto en la normativa comunitaria. 4) Ayudas a la coordinación de los transportes, sujetas a su propio régimen especial del art. 73 TCE y no al general del art. 87 TCE (por e.j. ayudas de hasta el 50% a la interoperabilidad).

- el mantenimiento de la calidad del servicio de infraestructuras, y
- la forma de mejorar el rendimiento de los administradores de infraestructuras.

Si no se pone solución al problema detectado de la probabilidad de falta de inversión en la mejora y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria se irán acumulando retrasos en el mantenimiento que acabaran limitando la capacidad de los ferrocarriles de competir con otros modos de transporte.

El desarrollo de la infraestructura ferroviaria compete, principalmente, a dos instancias: los Estados miembros, o sea, generalmente los Gobiernos nacionales, propietarios de la infraestructura, y los administradores de la misma. Ambas instancias, de conformidad con sus respectivas funciones y tal como establece la legislación en la materia, tienen que adoptar decisiones respecto del alcance y la naturaleza del desarrollo de la infraestructura y de los recursos financieros necesarios, aplicando un enfoque coherente.

Los Estados miembros desempeñan un papel preponderante a la hora de garantizar la estabilidad financiera de los administradores de infraestructuras ferroviarias. Estos últimos tienen que cubrir una parte importante de los gastos de mantenimiento mediante sus propios recursos o mediante transferencias del Estado. Así pues, se plantea la cuestión de la relación entre el Estado y los administradores de infraestructuras por lo que respecta a dichas transferencias.

La Directiva 2001/14 impone en el art. 6(1) un mandato a *“Los Estados miembros establecerán las condiciones -incluido, si procede, el establecimiento de pagos anticipados- para que, en circunstancias empresariales normales y a lo largo de un período de tiempo razonable, la contabilidad del administrador de infraestructuras refleje como mínimo una situación de equilibrio entre, por una parte, los cánones por utilización, los excedentes de otras actividades comerciales y la financiación estatal y, por otra, los gastos de infraestructura. Sin perjuicio del posible objetivo, a largo plazo, de que los costes de infraestructura sean soportados por el usuario para todos los modos de transporte sobre la base de una competencia intermodal equitativa y no discriminatoria, cuando el transporte ferroviario esté en condiciones de competir con otros modos de transporte dentro del marco*

*tarifario de los artículos 7 y 8, un Estado miembro podrá exigir al administrador de la infraestructura que equilibre sus cuentas sin financiación estatal.”*¹²⁹⁸

En Reino Unido, como hemos visto en el capítulo I¹²⁹⁹, los graves accidentes ferroviarios de Hatfield fueron atribuidos al descuido en el mantenimiento de la red ferroviaria tras la privatización, lo que condujo, en última instancia, al desmantelamiento de Railtrack y su sustitución por Network Rail como gestor de la infraestructura ferroviaria.

5.2. Contratos plurianuales para la gestión de la infraestructura ferroviaria¹³⁰⁰

Respecto al control del servicio de infraestructura, los Estados miembros cumplirán con todas estas obligaciones a través de acuerdos contractuales, conocidos como contratos plurianuales¹³⁰¹. Dichos acuerdos tienen una vigencia mínima de tres años¹³⁰², por lo que su duración es superior a la del ejercicio presupuestario tradicional, de carácter anual.

¹²⁹⁸ Este art. 6(1) viene a ser el art. 8(4) en la nueva Propuesta de Directiva mencionada al principio de este epígrafe, pero sustituye el *periodo de tiempo razonable* por un *periodo no superior a tres años*, [COM(2010) 475].

¹²⁹⁹ Véase el cap. I, epígrafe IV- 2, respecto a la experiencia británica.

¹³⁰⁰ Contratos que también se recogen en el art. 30 de la reciente Propuesta de Directiva *por la que se establece un espacio ferroviario europeo único*, ya mencionada [COM(2010) 475]: “1. Sin perjuicio de la seguridad, el mantenimiento y la mejora de la calidad del servicio de las infraestructuras, se incentivará a los administradores a que reduzcan los costes de la puesta a disposición de infraestructura y la cuantía de los cánones de acceso. 2. Los Estados miembros velarán por que lo dispuesto en el apartado 1, se ejecute mediante un acuerdo contractual entre la autoridad competente y el administrador de infraestructuras que abarque un período no inferior a cinco años y que prevea la financiación estatal.” Hasta aquí nada nuevo respecto a la Directiva 2001/14, pero esta Propuesta introduce otros apartados novedosos en este mismo art. 30: “En el anexo VII se establecen los principios y parámetros básicos de estos acuerdos, que podrán modificarse a la luz de la experiencia con arreglo al procedimiento contemplado en el artículo 60. Los Estados miembros consultarán a las partes interesadas al menos un mes antes de la firma del acuerdo y lo publicarán en el plazo de un mes a partir de su celebración. El gestor de la infraestructura se asegurará de que su programa de actividades se ajusta a lo dispuesto en el acuerdo contractual. El organismo regulador contemplado en el artículo 55 evaluará si los ingresos a medio y largo plazo del administrador de infraestructura son adecuados para alcanzar los objetivos de rendimiento acordados y harán las recomendaciones pertinentes, al menos un mes antes de la firma del acuerdo. Cuando la autoridad competente tenga intención de apartarse de estas recomendaciones, deberá justificarlo ante el organismo regulador.” La Directiva 2001/14, en su redacción original y antes de ser modificada por la Directiva 2004/49/CE, ya recogía estos contratos en el art. 6(3) y (4), pero para un mínimo de tres años en contraste con los cinco años actuales.

¹³⁰¹ Dice el art. 6(3) Directiva 2001/14: “Los Estados miembros velarán por la observancia de lo dispuesto en el apartado 2, bien mediante un acuerdo contractual entre la autoridad competente y el administrador de infraestructuras que abarque un período no inferior a tres años y que prevea la financiación estatal, bien estableciendo medidas adecuadas de reglamentación previendo las facultades necesarias.”

¹³⁰² Ahora bien, la nueva Propuesta de Directiva, ya mencionada, incrementa el periodo mínimo del acuerdo a cinco años, art. 30, [COM(2010) 475], lo que sin duda, es bueno ya que la inversión en la infraestructura, especialmente la ferroviaria, debe planificarse a largo plazo.

Las condiciones del contrato y la estructura de los pagos deben decidirse con antelación para todo su periodo de vigencia.

- ¿Qué son los contratos plurianuales?

Los contratos plurianuales son regímenes de financiación a largo plazo para el mantenimiento de las infraestructuras ferroviarias. Regulan la relación entre el Estado y el gestor de la infraestructura, estableciéndose responsabilidades mutuas, con el fin de sustituir el sistema tradicional de compensación del Estado por pérdidas al gestor de la infraestructura, por un sistema basado en la obligación de productividad por parte del gestor de la infraestructura a cambio de financiación pública. Durante años, el enfoque que ha prevalecido con respecto al mantenimiento de la red ferroviaria ha sido su conservación conforme a criterios técnicos de ingeniería y la fijación de plazos regulares para su renovación. No obstante, lo que verdaderamente se precisa es que la infraestructura ferroviaria responda a las futuras pautas en la demanda de transportes, de modo que se desarrolle el tráfico y aumenten los ingresos procedentes de los cánones cobrados a los usuarios. Los contratos plurianuales deben obligar a ambas partes a adoptar una estrategia a largo plazo y a desarrollar programas de mantenimiento basados en el plan estratégico del administrador de las infraestructuras y en la futura demanda de servicios. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el coste de eficiencia del mantenimiento de una red está basado en estrategias a largo plazo, puesto que el promedio de vida de los activos ferroviarios es de 30 años.

- Las ventajas de los contratos plurianuales

a) Estabilidad financiera del gestor de la infraestructura

En un contexto en el que la mayoría de los administradores de infraestructuras no pueden recuperar los costes totales de mantenimiento mediante solo los cánones de utilización, las transferencias realizadas en el marco de los contratos plurianuales permitirán complementar dichos cánones a fin de lograr la estabilidad financiera necesaria.

En general, la dotación presupuestaria anual exige la utilización de los fondos antes del final del año, aunque sea más rentable posponer la ejecución de las obras ferroviarias, y a la inversa. El paso de una dotación anual a una dotación plurianual permite al administrador de infraestructuras utilizar los fondos con una flexibilidad mayor y más adaptada a las necesidades operativas, que contrasta con la rigidez de las normas que regulan el gasto público (anual). Bajo la presión que supone el tener que renunciar a los

fondos no utilizados, las actividades de mantenimiento tienden a intensificarse a finales de año y ello porque el juego de la financiación pública determina que los presupuestos que no hayan sido utilizados íntegramente en años anteriores tienden a recortarse. Por otro lado, las obras intensivas de mantenimiento durante ese periodo del año causan mayores retrasos y perturban el desarrollo del servicio. El abandono de la planificación anual en favor de la introducción de regímenes plurianuales reduce globalmente esa perturbación, puesto que las obras de mantenimiento pueden programarse por encima del periodo anual de forma que entorpezcan el tráfico lo menos posible. Una vez que los regímenes basados en el rendimiento efectivo se hayan generalizado, esta estrategia resultará aún más ventajosa, ya que el administrador de infraestructuras tendrá que indemnizar a los usuarios por toda perturbación que provoque.

b) *Independencia del gestor de la infraestructura* de la intervención discrecional del Estado, lo que fomentará la aplicación de una gestión orientada a principios comerciales.

Los contratos plurianuales facilitan el paso de un sistema de gestión «de entrada» -o sea, la compensación al administrador de infraestructuras por un gasto concreto- a un sistema de gestión «de salida» -o sea, la vinculación de los pagos a los resultados obtenidos-. Visto desde otra perspectiva, en la gestión por *inputs*, el Estado aprueba y controla todos los gastos, incluyendo los planes de mantenimiento y renovación; mientras que en la gestión por *outputs*, el Estado y el gestor de la infraestructura acuerdan la capacidad y la productividad de la red (de acuerdo a indicadores de calidad y a sanciones por mal rendimiento). Este sistema está más cerca de garantizar la independencia del gestor de la infraestructura porque se establece de acuerdo a criterios objetivos a través de los indicadores de calidad.

Por ello, se establecen objetivos de rendimiento en forma de criterios de calidad, a saber, productividad del servicio y satisfacción del cliente; capacidad de la red; gestión de activos; volúmenes de actividad; niveles de seguridad; protección medioambiental. Más concretamente, dentro de estos criterios, los indicadores de calidad utilizados actualmente se dividen en dos categorías: indicadores basados en la calidad del servicio ferroviario, como por ejemplo, la velocidad y la seguridad, e indicadores basados en la dotación de infraestructuras. La primera categoría permite cuantificar los retrasos derivados de la imposición de límites de velocidad, o los datos sobre accidentes exigidos por la ley para la elaboración de estadísticas sobre accidentes ferroviarios. Los indicadores relacionados con la dotación de infraestructuras pueden ser los costes de

mantenimiento por Km. de vía o el porcentaje de líneas sujetas a limitaciones de velocidad temporales. La disponibilidad de vía férrea es otro indicador de rendimiento importante, estableciéndose una distinción entre disponibilidad programada y no programada.

Si no se determinaran y publicaran indicadores de rendimiento (comunes), sería difícil observar el deterioro de la calidad. La verdadera magnitud del problema sólo empieza a percibirse al cabo de mucho tiempo, cuando los límites de velocidad deben reducirse por razones de seguridad.

El Estado, el organismo regulador y los usuarios de la infraestructura, especialmente las compañías ferroviarias y las empresas de transporte, pueden comparar el rendimiento de los distintos administradores de infraestructuras (evaluación comparativa) y fijar objetivos en consecuencia. Ello les procurará mayor información sobre cuáles pueden ser sus expectativas por lo que respecta a la calidad de la infraestructura cuando se dispongan a elaborar su plan estratégico. Desde el momento en que es posible fijar con mayor eficacia los objetivos de rendimiento, resulta más fácil sopesar la posición relativa de los administradores de infraestructuras. Por consiguiente, es posible evaluar la rentabilidad no sólo con referencia a elementos de coste de un determinado administrador de infraestructuras nacional, sino también en relación con su rendimiento relativo frente a otros administradores de infraestructuras.

Paralelamente, los organismos reguladores ferroviarios obligan a los administradores de infraestructuras a cumplir con su obligación de comunicar información sobre el deterioro de la infraestructura mucho antes de que se impongan límites de velocidad inferiores - por motivos de seguridad- que puedan tener un efecto adverso sobre el rendimiento ferroviario.

c) Eficiencia en la gestión de costes

Es más fácil predecir las necesidades de suministro de equipo y los trabajos de mantenimiento (que incluyen la renovación y mejora de la infraestructura) si es a largo plazo. Existe una relación directa entre la condición física de la infraestructura y los costes resultantes. La calidad y la seguridad se dan la mano, así como las condiciones físicas de los activos y la fiabilidad del servicio. Los trabajos de mantenimiento y renovación son más caros cuando se han descuidado y pospuesto a lo largo de los años.

Estos contratos hacen posible establecer incentivos y recompensar la buena productividad cuando las medidas tienen un efecto a largo plazo, teniendo en cuenta que sus resultados no se ven hasta pasados varios años.

d) *Predictabilidad de los costes y tarifas de la provisión de infraestructura*

En muchos casos, los Estados miembros desempeñan un papel preponderante a la hora de garantizar la estabilidad financiera de los administradores de infraestructuras ferroviarias. Los ingresos procedentes de los cánones cobrados a los usuarios sólo cubren aproximadamente entre el 30% y el 50% de los costes de infraestructura, con valores extremos del 10% y 100%. En la legislación comunitaria, la tarificación de la infraestructura ferroviaria al coste de explotación de un servicio adicional (marginal) se considera la norma, mientras que la recuperación total de los costes constituye la excepción y sólo se autoriza en determinadas condiciones (Artículo 7 y 8 de la Directiva 2001/14/CE). Por tanto la planificación a largo plazo es fundamental para garantizar el sostenimiento de la infraestructura.

Por otro lado, de promedio los cánones suponen entre el 15 y el 20% de los costes de los servicios de transporte, mientras que los márgenes de rendimiento en los márgenes del servicio son del 1 al 2%. Por tanto, en aumentos drásticos de las tarifas por el gestor de la infraestructura se pone en peligro la misma existencia de las empresas de servicios de transporte.

e) *Calidad del servicio*: estos contratos hacen posible gestionar y planificar los trabajos de mantenimiento y aumentar la disponibilidad y fiabilidad de la infraestructura, reduciendo así los embotellamientos.

f) *Mayor respuesta a las necesidades del consumidor*, al mismo tiempo creándose nuevos servicios que hagan este modo de transporte más atractivo y por ello, rentable.

g) *Beneficios sociales*, sobre todo respecto a la creación de empleo de calidad.

En el Anexo 22 del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2009: '*Segundo informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado*

*ferroviario*¹³⁰³, se recoge el dato del porcentaje de red cubierto por estos contratos multianuales (los que por su contenido lo son en sentido estricto) en los siguientes países: Holanda, Dinamarca, Bélgica, Francia, Luxemburgo y Reino Unido.

- Otros aspectos

El control del cumplimiento contractual debe confiarse preferentemente a un organismo independiente, en vez de al Estado o al administrador de infraestructuras¹³⁰⁴. En la práctica, los organismos reguladores competentes han demostrado ser los más capacitados para ello, siempre que no formen parte integrante del poder adjudicador y cuenten con personal cualificado, presupuesto y derechos de acceso a los datos.

Los Estados miembros y los administradores de infraestructuras deben garantizar la coherencia de los contratos plurianuales con los planes estratégicos nacionales de transporte y con el plan estratégico de la empresa del administrador. Este principio se aplica asimismo a las franquicias de infraestructura y a los contratos marco entre las empresas ferroviarias y los administradores de infraestructuras¹³⁰⁵.

En Reino Unido, todo el gasto está cubierto por los contratos plurianuales de cinco años ("binding arrangement"), pero no a través de un contrato directo con el Estado. El contrato plurianual también establece incentivos financieros para la gestión en caso de que el gestor de la infraestructura llegue a los objetivos o desempeñe mejor que lo planificado. Después de muchos años de descuido tras la privatización, el gestor de infraestructura británico ha conseguido cambiar la situación completamente en 2004:

¹³⁰³ COM(2009)676. Los Anexos se recogen en el *Commission staff working document* de la misma fecha, que acompaña al Informe, SEC(2009) 1687.

¹³⁰⁴ Por ejemplo, una financiación insuficiente o el incumplimiento por parte del Estado de las normas financieras acordadas, que pueda afectar a la capacidad del administrador de infraestructuras de llevar a cabo su cometido. A la inversa, puede ser el administrador de infraestructuras quien incumpla uno o varios de los criterios de rendimiento acordados; en este sentido, las sanciones pueden adoptar la forma de multas, o de una modificación de la franquicia, mediante la transferencia de determinadas partes de la infraestructura a otro administrador.

¹³⁰⁵ En España lo más cercano al contrato plurianual lo constituye el Contrato Marco ADIF-Estado, actualmente para el periodo 2007-2010, prorrogado hasta el 30 de junio de 2011, y desde esta fecha, quizá por la crisis económica, no se ha hecho nada más. Por otra parte, las tarifas de acceso no reflejan los costes del gestor de la infraestructura y el nivel de tarifa es una aproximación al coste marginal. El sistema de tarifas está basado en cuatro categorías: tarifas de acceso, tarifa de reserva de capacidad, tarifa de circulación y tarifa de tráfico, (Ver Anexo 4). El Estado financia parte del total de costes de infraestructura.

desde entonces, los gastos han estado cayendo mientras que la calidad de la infraestructura ha aumentado¹³⁰⁶.

Por último, los contratos plurianuales pueden abrir la vía a la posibilidad de la licitación en el ámbito de los servicios de infraestructuras. Dada la dificultad de sacar a licitación una red nacional en su integridad¹³⁰⁷, la licitación podría implicar a un número creciente de administradores de infraestructura, declaraciones de red, sistemas de tarificación y condiciones de acceso. A fin de minimizar cualquier posible efecto negativo, sería preciso adoptar medidas de protección que garanticen unas normas sobre acceso sencillas y no discriminatorias, que aseguren el respeto de las disposiciones en materia de competencia.

VI. CONCLUSIONES DEL CAPITULO

En la profundización del estudio de la DRE/EFD llevada a cabo en el presente capítulo, hemos partido de una cuestión clave: ¿cuándo surge la obligación para una empresa dominante de garantizar el acceso o suministro a un recurso esencial? Para imponer esta obligación, que coarta la libertad comercial de la empresa dominante, ésta debe cometer una infracción en el marco del art. 102 TFUE, y por ello, la denegación de acceso o suministro afectará y perjudicará seriamente la estructura competitiva del mercado comunitario.

Lo que planteamos en este capítulo es de qué modo se debe afectar a la competencia para que la denegación de suministro o acceso constituya un abuso. Se puede inferir además que los modos de afectación a la competencia determinan, a su vez, la clasificación de las situaciones en que la DRE/EFD puede aplicarse. Es indiscutible que si la practica normal en la industria es proporcionar el acceso o suministro, entonces debe garantizarse el mismo en términos transparentes y no-discriminatorios, y por tanto, no debe interrumpirse para los competidores o clientes existentes y tampoco denegarse para los nuevos competidores que quieran acceder al recurso.

¹³⁰⁶ Véase el Anexo 4) del *Commission staff working document* de 18 de diciembre de 2009, que acompaña al *Segundo Informe sobre el seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*, SEC(2009) 1687 .

¹³⁰⁷ Normalmente, no existe competencia entre los servicios de infraestructuras, ya que estas últimas suelen ser un monopolio natural.

Como hemos visto, la Comisión identifica dos situaciones¹³⁰⁸:

- Cuando la empresa dominante interrumpe el acceso o suministro anterior
- Cuando la empresa dominante se niega a suministrar un producto o servicio que la empresa dominante no suministraba antes a otras empresas. Es decir, como la misma Comunicación denomina, se trata de *denegaciones de suministro de novo*.

Esta segunda situación de suministro de novo abre toda una serie de nuevas cuestiones encaminadas a discernir qué criterios habrán de cumplirse para poder imponer a la empresa dominante el que comercialice un producto o servicio que no ha comercializado nunca. Es cierto que la empresa dominante podrá valerse, para evitar esta imposición, de justificaciones que serán valoradas objetivamente, ya sea por razones comerciales, de falta de capacidad de la instalación o recurso, por razón de la dificultad en fijar un precio de acceso, etc. Las razones podrán ser múltiples y variadas, y habrán de sopesarse caso por caso. Se ha entendido, además, que la justificación objetiva por parte de la empresa dominante constituye una inversión de la carga de la prueba, puesto que se vé obligada a dar acceso o exponer una razón válida para evitarlo.

Por tanto, para este último supuesto en que la empresa dominante no comercializa el producto o servicio para el que se requiere el acceso, la cuestión es más compleja, y sólo excepcionalmente se ha impuesto a la empresa dominante la obligación de comercializar un producto o servicio que únicamente se proporcionaba para sí misma debido a su estructura de integración vertical. En este supuesto, la Comisión no indica en su Comunicación las condiciones específicas que han de darse para considerar una denegación de suministro *de novo*, pero sí las expone para la interrupción del suministro anterior, indicando al mismo tiempo que será más propensa a admitir ésta que la denegación de suministros *de novo* (por ejemplo si la empresa había hecho inversiones específicas para poder utilizar el insumo denegado posteriormente o que la empresa dominante ha de justificar la razón de por qué las circunstancias han cambiado de modo que le es perjudicial seguir suministrando el insumo).

Por ello, a falta de orientación respecto a las condiciones que deben darse para considerar abusivas las denegaciones de suministro *de novo*, hemos recurrido al análisis de la Jurisprudencia, y hemos visto que en los asuntos *Magill* e *IMS Health* se entendió

¹³⁰⁸ Véase el apartado 84 de la Comunicación de febrero de 2009 de la Comisión '*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*'.

que existía una demanda potencial que proteger pues al permitir el acceso surgía un nuevo mercado. Incluso en los asuntos *Telemarketing* y el mismo *Bronner* se analizaba la misma cuestión, pero se entendió que no existía un nuevo mercado sino que era parte del mismo, e incluso en *Telemarketing* la empresa dominante no estaba ni siquiera presente en el mercado derivado ni pretendía llegar a estarlo.

Sin duda, en estos supuestos en los que se puede afectar a la competencia en la denegación de suministro, se plantean lógicamente la cuestión de la necesidad de la existencia de dos mercados para que se pueda cometer este tipo de abusos ante recursos esenciales. Es decir, se ha entendido, hasta ahora, que sólo se aplica la DRE/EFD a los casos de integración vertical, puesto que únicamente en estos casos el gestor o propietario tiene un conflicto de intereses como proveedor y como competidor. Pero algunos autores norteamericanos son de la opinión de que la cuestión a valorar es si las empresas son competidoras, es decir, si la que solicita el acceso o suministro compite con la empresa dominante que ha de proporcionarlo, en tal caso entonces podrían existir dos mercados separados.

Pero ahí no acaban las dudas metodológicas que se derivan de la cuestión de si dos mercados son o no necesarios para considerar que estamos ante un caso de recursos esenciales, sino que para poder aplicar la DRE/EFD, ineludiblemente surgen otras nuevas cuestiones que giran en torno a la amplitud o estrechez con que se defina el mercado relevante, como por ejemplo que si la estrecha delimitación del mercado relevante afecta en la consideración de un recurso como esencial, de modo que mercado y recurso esencial hayan de coincidir, y si no es así, si la posición de dominio se debe dar en relación al mercado o al recurso esencial; y/o para la aplicación de la doctrina sea necesario la existencia de dos mercados, y si es así, si la empresa no solo debe estar presente en ambos, sino también ser dominante en ambos mercados.

Evidentemente, hemos buscado la respuesta a estas cuestiones en la legislación aplicable, ya que como hemos podido ver, del examen de la Jurisprudencia en la UE a lo largo del capítulo IV, los tribunales europeos son muy conservadores y han evitado pronunciarse abiertamente sobre los supuestos en que debe aplicarse la DRE/EFD. La Comisión, en el fondo, en la Comunicación citada, ha venido a recoger estos mismos

criterios, aunque de un modo algo más sistemático, y, por lo menos, no ha evitado usar términos tales como “insumo esencial”¹³⁰⁹ o “instalación esencial”¹³¹⁰.

Pues bien, como ya hemos mencionado, el art. 102 TFUE no contiene ni definiciones ni conceptos ni respecto a la posición dominante ni al abuso, puesto que sólo indica que queda prohibida la explotación abusiva de la posición de dominio.

Ahora bien, el art. 102 sí que enumera, a modo de ejemplo, una descripción de las conductas que pueden constituir un abuso de la posición de dominio (aunque tampoco denomina las figuras o categorías jurídicas por su nombre). También hay que tener en cuenta que en materia de abuso de posición dominante no existe derecho derivado, lo que nos indica que queda abierto a interpretación qué conductas puedan encajar como abusos de posición de dominio. Por tanto, para aprehender el estado actual de aplicación del art. 102, donde se incardina la EFD/DRE, solo contamos con la citada Comunicación febrero de 2009 de la Comisión ‘*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*’, y por supuesto, con la Jurisprudencia.

Efectivamente como pone de manifiesto el informe del EAGCP, el art. 102 está organizado por *categorías de conducta*, tales como predación de precios, discriminación, descuentos de fidelización y vinculación (aunque no recoge su denominación como tales); indicando que el enfoque del art. 102 está basado en la forma de la conducta, lo que lo hace problemático porque en muchos casos prácticas alternativas pueden servir al mismo propósito, es decir, la misma práctica englobará más de una de estas figuras.

Por su parte, el EAGCP basa su teoría en desplazarse desde un enfoque formal a un enfoque basado en los efectos, lo que tiene importantes implicaciones para el procedimiento de análisis. Mientras que bajo un enfoque formal, es suficiente verificar primero si una empresa es dominante en un mercado y después si se está produciendo una cierta forma de conducta anticompetitiva¹³¹¹; un enfoque basado en los efectos requiere la verificación del perjuicio competitivo en el mercado¹³¹². En este último enfoque relativo al análisis basado en los efectos, la valoración del perjuicio competitivo

¹³⁰⁹ Apartado 84.

¹³¹⁰ Apartado 76 y 78.

¹³¹¹ Lo que viene a ser, al fin y al cabo, una regla *per se*.

¹³¹² La verificación del perjuicio competitivo en el mercado es un requisito que se viene exigiendo para los casos de recursos esenciales desde el asunto *Bronner*.

se centra naturalmente en mantener el proceso competitivo abierto y en evitar la exclusión de rivales actuales o potenciales del mercado. En esta línea el EAGCP distingue tres amplias tipologías de exclusión: una primera *dentro del mismo mercado*, (donde un competidor fuerza la salida o previene la entrada de otro competidor); otra segunda *en un mercado adyacente*, (donde la empresa dominante excluye a los productores activos en mercados diferentes pero relacionados con su mercado principal); y por último una *en un mercado verticalmente relacionado*, (donde la exclusión toma lugar en diferentes fases del proceso de producción).

Pero al margen de las consideraciones del EAGCP, ante todas las cuestiones planteadas sólo podemos concluir, en el estado actual de avance del Derecho de la Competencia en la UE, y de acuerdo con las ya citadas *Orientaciones en la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, los siguientes principios de aplicación en relación con la categoría de la denegación de suministro, del siguiente modo:

- 1.- *Cualquier empresa debe tener derecho a elegir con quien comercia y a disponer libremente de su propiedad* (aptdo. 75);
- 2.- *Los problemas de competencia surgen cuando la empresa dominante es competidora con el comprador al que se niega a suministrar en el mercado para el cual el insumo es necesario para fabricar un producto o prestar un servicio* (aptdo. 76). En otras palabras, la empresa dominante ha de estar integrada verticalmente, lo que significa que dos mercados son necesarios.
- 3.- *Si se cumple el requisito de la necesidad objetiva del insumo, se considera que la denegación de suministro puede generalmente eliminar la competencia efectiva en el mercado descendente* (aptdo. 85).
- 4.- Se mantiene el enfoque formal del Tratado organizado por *categorías de conducta*, ya que simplemente menciona una *gama de prácticas* (aptdo. 78):
 - ☐ *denegación de suministro de productos a clientes nuevos o existentes*
 - ☐ *denegación de concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual, que incluye la licencia sobre la información sobre interfaces*
 - ☐ *denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o una red*

No entendemos que se trate de categorías distintas, ya que obviamente la denegación de acceso a una instalación se dará respecto a un cliente nuevo o existente. Por lo tanto, esta categorización poco nos dice sobre las características distintivas de una u otra

modalidad y es meramente descriptiva; **todo lo contrario** la misma práctica englobará más de una de estas figuras, y una vez más son simplemente ejemplos de prácticas posibles.

Todas estas características determinan que, una vez llevado a cabo el análisis tradicional del art. 102 TFUE, verificando primero que una empresa es dominante y después que se está produciendo una cierta forma de conducta anticompetitiva, puede entenderse que se da un abuso *per se*. Consideramos que esta es la razón por la que el EAGCP propone un enfoque basado en los efectos que requiere la verificación del perjuicio competitivo en el mercado.

Sin embargo, se ha tendido a encasillar la doctrina de los recursos esenciales por la doctrina y la Jurisprudencia posterior al asunto *Bronner* a los casos de apalancamiento (vinculación) de mercados, como lo fue el caso del asunto *Bronner*, lo que limita considerablemente la aplicación y alcance de la DRE/EFD. Ahora bien, esta concepción de la doctrina, entendida como la creación o extensión de la posición de dominio del propietario o gestor de un recurso esencial en un mercado a otro mercado estrechamente relacionado, se aproxima a la monopolización o intento de monopolización de la legislación americana (Sección 2 del Sherman Act), sin parangón en el ámbito comunitario. Entendemos que el resultado es que con esta concepción desplazamos la aplicación de la doctrina desde los abusos ya cometidos a la prevención, colmando entonces una laguna que no podía resolver el art. 102 TFUE (que exige una aplicación *a posteriori* una vez producido el abuso) y que solo parcialmente trataba de poner solución el control de concentraciones de empresas.

Tal concepción no parece contener otros casos en que se ha aplicado la DRE/EFD iendo más allá de los casos de apalancamiento y/o de integración vertical¹³¹³; la razón estriba en que el abuso yace en hacer que un recurso escaso no sea viable para todos los usuarios potenciales en términos no discriminatorios, y no meramente en el beneficio de

¹³¹³ Es muy clarificador lo que dice RATNER J. en “Should there be an Essential Facility Doctrine?”, 21 *U.C. Davis L. Rev.* 327-382, (1988): “Desde una perspectiva económica, la eficacia de la DRE/EFD no mejora limitando su aplicación a un recurso o instalación integrada en la que se deniega el acceso a un competidor downstream. Luego, la DRE/EFD no debería requerir como condición que la empresa que pide el acceso/suministro demuestre que es competidor con la empresa dominante, o que el recurso es poseído conjuntamente por competidores que tras un acuerdo deniegan el acceso boicoteando a otro competidor u otros competidores, o que tiene otras características perniciosas aparte de ser esencial”. Al contrario, RATNER propone que se aplique a todas las negativas de acceso que perjudiquen el bienestar cuando se ha requerido el acceso o el suministro pagando un precio rentable por el mismo.

la posición del monopolista en el mercado derivado. Es decir el examen de la cuestión no se centra en la ganancia del monopolista, sino en el perjuicio ilegal a la competencia causado por el cierre de mercado a la competencia potencial y por la discriminación que esto implica. Pero asimismo, aun cuando el abuso no vaya dirigido contra los competidores, sino contra clientes y proveedores, o empresas que no compiten directamente contra el propietario del recurso (como en los casos de separación vertical), y aunque el objetivo obviamente no sea extender su posición de dominio de un mercado a otro, puede resultar en un perjuicio a la competencia, que si no tiene suficiente entidad para reprenderse bajo la legislación comunitaria, debería sancionarse, al menos, en la legislación nacional.

Además por el mero hecho de que una empresa ostenta una posición dominante, la competencia se encuentra ya restringida. No tiene discusión, incumbe a la empresa dominante una mayor responsabilidad (cualificada) de no perjudicar una competencia efectiva, especialmente si es propietaria o controla un recurso esencial. Debe de conocer y prever razonablemente las consecuencias de sus conductas y abstenerse de realizar conductas típicamente monopolistas. A su vez deberá velar no solo por las conductas y resultados que se produzcan dentro del mercado dominado, sino también que puedan producirse o repercutir como consecuencia de su dominación, en otros mercados próximos o relacionados con el dominado, como hemos visto. No podrá eludir su responsabilidad señalando que el abuso y/o sus resultados se han producido en un mercado que aunque relacionado, es distinto del dominado. Cuanto mayor sea su posición dominante en el mercado, mayor también será el grado de responsabilidad exigido a la empresa dominante y mayor la posibilidad de que la conducta en cuestión sea considerada abusiva.

Es precisamente en estos casos cuando consideramos que la doctrina es vital y relevante, porque de otro modo, las leyes de competencia no saldrían al paso de conductas ineficientes y económicamente perjudiciales que causa un monopolista con un *bottleneck* en la producción o el comercio, empobreciendo el mercado, al reducir el *output* y la productividad en el mismo, cuando además esa conducta tampoco lleva aparejada el aumento o mantenimiento de su poder de monopolio. Además, estimamos que esta percepción de la doctrina es acorde con los objetivos de política de competencia comunitaria, en que no sólo se busca la pura eficiencia económica (como en el derecho antitrust americano), sino que con su aplicación también se pueden dar respuesta a otros objetivos de integración o incluso sociales.

Todas estas cuestiones debatidas en la primera parte de este capítulo tienen su reflejo en el ámbito ferroviario, por lo que hemos estimado necesario dedicar una segunda parte a analizar las consecuencias de la aplicación de la DRE/EFD al ámbito ferroviario europeo.

La problemática que acabamos de analizar relativa al conflicto de intereses que resulta cuando la empresa dominante está integrada verticalmente surge especialmente respecto a las empresas ferroviarias que mantienen su estructura de integración vertical. Asimismo la Comisión llama la atención sobre la posición de la empresa adquirida al amparo de derechos especiales o exclusivos o ha sido financiada mediante recursos estatales en su Comunicación de 2008 de la Comisión '*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*' (aptdo. 82), advirtiendo de la responsabilidad de los Estados de adoptar o mantener cualquier medida que haga inefectiva la aplicación del Derecho de la Competencia comunitario. Tanto el gestor de la infraestructura ferroviaria como las empresas ferroviarias en, prácticamente, todos los países europeos son de titularidad estatal. Si bien la separación vertical ayuda en la introducción de transparencia y de una competencia efectiva en el mercado, pueden seguir produciéndose abusos tanto por parte de aquellas empresas que permanecen integradas bajo un mismo *holding*, como en aquellas que aun formalmente separadas, siguen produciendo abusos o formas sutiles de discriminación difíciles de detectar y documentar.

Siendo consciente la Comisión del alcance limitado del Derecho de la Competencia, es por lo que dentro del sector ferroviario comunitario se avanza más en la regulación con la introducción de no uno, sino hasta tres paquetes ferroviarios. Introduciendo además en el primer paquete ferroviario la figura del Organismo Regulador Ferroviario¹³¹⁴, *cuya principal función es asegurar un acceso justo y no discriminatorio a la red ferroviaria y sus servicios*¹³¹⁵. Se pretende además el refuerzo de la independencia del Regulador Ferroviario por entenderse fundamental tal elemento en el ejercicio de sus funciones, ya que recientemente se ha puesto de manifiesto que el mercado ferroviario adolece de falta

¹³¹⁴ Como vimos en el capítulo I, en el art. 10-7 de la Directiva 2001/12/CE y arts. 30 y 31 de la Directiva 2001/14/CE.

¹³¹⁵ Así lo dice la pagina web de la Comisión Europea referente a los Organismos regulatorios ferroviarios, en que se da un listado de todos ellos con sus datos. En http://ec.europa.eu/transport/rail/market/regulatory_bodies_en.htm (consultada el 19 de octubre de 2011).

de supervisión reglamentaria adecuada, especialmente en relación al mercado de servicios ferroviarios relacionados. En efecto, en el ejercicio de sus funciones el Regulador debe ser independiente de cualquier otra autoridad pública, especialmente debe asegurarse su independencia respecto a la autoridad pública que ejerza derechos de propiedad sobre la empresa ferroviaria histórica, lo que reducirá el potencial de conflicto de intereses y de este modo reforzará la capacidad y la credibilidad de la supervisión. En el ámbito español, el Comité de Regulación Ferroviaria muestra una escasez de recursos humanos y otras capacidades para llegar a cabo una labor de supervisión de un mercado tan complejo y amplio como es el mercado ferroviario español; aspecto que tiene en cuenta la nueva *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un espacio ferroviario europeo único*¹³¹⁶. Así, la misma Propuesta señala que *se propone asegurar que los organismos reguladores estén en condiciones de desempeñar sus funciones eficazmente, gracias al refuerzo de su independencia, el aumento de sus competencias y de otros medios a su disposición* (aptdo. 2.3.c)), lo que, sin duda, refuerza la idea de que su independencia es un aspecto fundamental para poder llevar a cabo su función.

Uno de los aspectos mas enconados respecto a la aplicación de esta doctrina es, como también recoge la Comunicación de 2009 de la Comisión '*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*', que la existencia de una obligación de suministro puede socavar los incentivos de las empresas para invertir e innovar (aptdo. 75). Ahora bien, también, entendemos que en sentido contrario, indica la Comisión, en la misma Comunicación, que *de resultas de la denegación de suministro pueden verse impedidos de su lanzamiento al mercado bienes o servicios innovadores y/o que se frustre la innovación subsiguiente; pueden frustrarse la producción de bienes o servicios nuevos o mejorados para los que existe una demanda potencial o que puedan contribuir al desarrollo técnico* (aptdo. 87). Y en este sentido, se abre una importante línea de investigación, en qué sentido la denegación de acceso a recursos esenciales puede coartar ventajas tan positivas, e incluso inimaginables, que trae de la mano no sólo el acceso a avances tecnológicos, sino que la posibilidad de que puedan surgir mercados dinámicos que traigan el progreso gracias al acceso a recursos esenciales.

¹³¹⁶ Propuesta de Directiva de 17 de septiembre de 2010 [COM (2010)475], (aun no adoptada a 25 de junio de 2012).

Otro aspecto analizado en esta segunda parte del capítulo se refiere a que en el ámbito ferroviario el mantenimiento adecuado de la infraestructura es fundamental para la seguridad y la fiabilidad de los servicios de transporte. La falta de incentivos del gestor de la infraestructura ferroviaria puede afectar a la inversión en el mantenimiento y renovación no solo de la red viaria, sino también del material rodante u otras instalaciones cuando estas últimas quedan a cargo del gestor de la infraestructura, y por tanto reducir la calidad de los activos que puede afectar a la seguridad.

La competitividad del sector ferroviario depende en gran medida de la disponibilidad y calidad de las infraestructuras¹³¹⁷. El problema es el deterioro de la calidad de la infraestructura en determinados puntos de la UE debido a una financiación inadecuada de su mantenimiento. La deficiencia de las infraestructuras provoca una drástica disminución de la calidad del servicio de transporte ferroviario, lo que impulsa a los clientes a decantarse por el transporte por carretera. Se crea así un círculo vicioso, en la medida en que los administradores de infraestructuras pierden ingresos que podrían haberse dedicado al mantenimiento.

Sin embargo, no se puede hacer depender en todo caso el mantenimiento y renovación de la infraestructura de la financiación pública, ya que siendo lo que se venía haciendo hasta ahora, los ferrocarriles nacionales arrastran deudas históricas¹³¹⁸. Por ello, la misma Directiva 2001/14 recoge esta inquietud en particular: *“Sin perjuicio de la seguridad, el mantenimiento y la mejora de la calidad del servicio de las infraestructuras, se incentivará a los administradores a que reduzcan los costes de la puesta a disposición de infraestructura y la cuantía de los cánones de acceso”* (art. 6-2). Y es que, inevitablemente, el apoyo público sin condiciones tiene el efecto pernicioso del olvido de la productividad y rentabilidad comercial. Para dar solución a esta problemática de la deficiencia de las infraestructuras se han de abordar tres carencias actuales difíciles de compaginar entre sí, que son: la sostenibilidad de la financiación de las infraestructuras de ferrocarriles, el mantenimiento de la calidad del servicio de infraestructuras, y la forma de mejorar el rendimiento de los administradores de infraestructuras.

Como hemos visto, el desarrollo de la infraestructura ferroviaria compete, principalmente, a dos instancias: los Estados miembros, o sea, generalmente los

¹³¹⁷ La política de transportes de la Comunidad Europea se ocupa de desarrollar y optimizar las infraestructuras de transportes garantizando la buena gestión de las mismas en términos de calidad, fiabilidad, flexibilidad y orientación al consumidor.

¹³¹⁸ Además puede considerarse una ayuda pública, lo que está prohibido por el Tratado.

Gobiernos nacionales, propietarios de la infraestructura, y los administradores de la misma. Teniendo en cuenta todas estas características, la manera de dar respuesta a la necesidad de incentivación de los gestores de infraestructura en los Estados miembros, y asimismo asegurar un control del servicio de infraestructura, se instrumentaliza a través de acuerdos contractuales, conocidos como contratos plurianuales¹³¹⁹.

Dichos acuerdos han sido diseñados para tener una vigencia mínima de más de un año¹³²⁰, con el fin de que su duración sea superior a la del ejercicio presupuestario tradicional de carácter anual, constituyéndose en regímenes de financiación a largo plazo cuyo objetivo sea primordialmente el mantenimiento de las infraestructuras ferroviarias. Como hemos visto, regulan la relación entre el Estado y el gestor de la infraestructura, estableciéndose responsabilidades mutuas, con el fin, a nuestro parecer muy acertado y novedoso, de sustituir el sistema tradicional de compensación del Estado por pérdidas al gestor de la infraestructura, por un sistema basado en la obligación de productividad por parte del gestor de la infraestructura a cambio de financiación pública.

Ciertamente, durante años, el enfoque que ha prevalecido con respecto al mantenimiento de la red ferroviaria ha sido su conservación conforme a criterios técnicos de ingeniería y la fijación de plazos regulares para su renovación. No obstante, consideramos que, sin descuidar la seguridad, lo que verdaderamente se precisa es que la infraestructura ferroviaria responda a las futuras pautas en la demanda de transportes, de modo que se desarrolle el tráfico y aumenten los ingresos procedentes de los cánones cobrados a los usuarios. Los contratos plurianuales pretenden obligar a ambas partes a adoptar una estrategia a largo plazo y a desarrollar programas de mantenimiento basados en el plan estratégico que debe llevar a cabo el administrador de las infraestructuras y en la futura demanda de servicios. Es especialmente acertado, sobre todo, si se tiene en cuenta que el coste de eficiencia del mantenimiento de una red ha de estar basado en estrategias a largo plazo, puesto que el promedio de vida de los activos ferroviarios es, en general, de alrededor de 30 años.

Por último, no podemos dejar de destacar que la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un espacio ferroviario europeo único*

¹³¹⁹ Véase el art. 6(3) Directiva 2001/14.

¹³²⁰ Actualmente tienen una duración de tres años. Ahora bien, la nueva Propuesta de Directiva, ya mencionada, incrementa el periodo mínimo del acuerdo a cinco años, art. 30, [COM (2010) 475], lo que sin duda, es bueno ya que la inversión en la infraestructura, especialmente la ferroviaria, debe planificarse a largo plazo.

mencionada ampliará las competencias del Regulador Ferroviario al facultarle a supervisar los contratos plurianuales, en el sentido de evaluar la conveniencia del instrumento para la dotación presupuestaria a largo plazo de acuerdo a objetivos de rendimiento, y ello porque -dice la misma Propuesta (aptdo. 4.9)- *esta evaluación independiente puede disminuir el riesgo de que las empresas ferroviarias históricas se valgan de su influencia política para condicionar los acuerdos.*

CONCLUSIONES

- I -

Tres son las áreas de investigación que se han concatenado en este trabajo, a grandes rasgos las siguientes: la problemática del transporte ferroviario; la difícil distinción entre el ámbito de la regulación normativa y el Derecho de la Competencia en la UE; y, la falta de profundización en el estudio y desarrollo de la doctrina de los recursos esenciales (como sabemos, DRE/EFD).

Como hemos puesto de manifiesto en la Introducción, nos ha resultado especialmente difícil trasladar la complejidad de la problemática inherente en cada una de estas áreas de investigación y explicar linealmente como se complementan, interrelacionan y se sirven entre ellas.

También hemos visto que para el logro de un mercado interior se pretende la apertura a la competencia de los mercados sectoriales de los Estados miembros.

Con el fin de introducir la competencia efectiva en este mercado y frenar el declive del transporte por ferrocarril se necesitaba una reforma estructural profunda, la cual requería una regulación normativa que solucionara *a priori* los fallos específicos del mercado.

- II -

Se entendió que la reforma estructural a llevar a cabo debía introducir la competencia en los servicios de transporte porque reconocía que la infraestructura ferroviaria constituía un monopolio natural. Sin embargo, la empresa ferroviaria histórica en cada Estado miembro actuaba al mismo tiempo como administrador de la infraestructura ferroviaria y como operador de servicios de transporte de pasajeros y mercancías. Además, se trataba de una empresa de propiedad estatal fuertemente regulada y que se veía obligada a ofrecer muchos de sus productos con carácter de servicio público. Sin regirse conforme a criterios comerciales y sin verse sometida a las fuerzas y presiones competitivas de mercado, durante años iba acumulando fuertes pérdidas económicas, que ya formaban

parte de los presupuestos estatales anuales. Por ello, la reforma pretendía el acceso en pie de igualdad de nuevos operadores de servicios de transporte ferroviario que entrarían a competir en este nuevo mercado, para lo cual era esencial acceder a la red ferroviaria y servicios de infraestructura relacionados necesarios para poder operar un servicio de transporte por ferrocarril.

- III -

La completa separación vertical de la infraestructura ferroviaria de los servicios de transporte pretendía terminar con el conflicto de intereses concurrenciales que se planteaba cuando el gestor de la infraestructura permanecía integrado actuando a la vez como competidor en el mercado derivado de servicios de transporte. Consciente de las ventajas de la total separación estructural de la empresa histórica monopolística, la Comisión no logró imponer en las Directivas ferroviarias más que una separación contable, y aun permanecen varias empresas ferroviarias nacionales integradas bajo un mismo *holding o matriz empresarial*, como es el caso en Alemania, y en los casos de separación vertical se trata de empresas de propiedad estatal. Por ello, la normativa regulatoria pretende llegar más lejos para asegurar la transparencia e independencia del gestor de la infraestructura y establece otras medidas encaminadas a este fin, como lo son la separación de la operativa del transporte de pasajeros del de mercancías o la exigencia de independencia del organismo de adjudicación de la capacidad (asignación de surcos ferroviarios) de cualquier empresa de servicios de transporte ferroviario. Incluso se crea la figura del organismo regulador ferroviario con el fin de supervisar este proceso de liberalización y resolver cualquier conflicto entre los agentes implicados que se de en relación con la normativa regulatoria y su aplicación.

- IV -

En cuanto se refiere al papel que ha de jugar el Derecho de la Competencia en la ordenación del mercado ferroviario, lo que pretende la regulación sectorial es introducir la competencia en ese mercado para liberalizarlo, teniendo en cuenta su especificidad. Una vez solucionados los fallos específicos de ese mercado, es el Derecho de la Competencia el que debe sustituir la regulación a través del control y represión de las infracciones anticompetitivas que se cometan en el mismo. Ello no obsta para que

también en el mismo proceso de liberalización puedan cometerse infracciones propiamente anticompetitivas que debe de sancionar el Derecho de la Competencia.

Es difícil incluso para autoridades de regulación y de competencia distinguir cuando unas y otras han de intervenir. Para complicar aún más las cosas, en la liberalización de las industrias de red, como es la ferroviaria, la política de la Comisión ha sido servirse de los principios que conforman la DRE/EFD, y por ello, se han utilizado conceptos y definiciones propias del Derecho de la Competencia en su regulación normativa.

Nuestra conclusión a este respecto es que tanto el Derecho de la Competencia como la regulación normativa se complementan para lograr un mercado ferroviario europeo único que funcione dinámica y competitivamente. Pero eso sí, cada régimen jurídico opera dentro de su respectiva esfera de competencia marcada por su ámbito específico de aplicación. En la práctica, hemos podido deducir que se recurre al Derecho de la Competencia allí donde la regulación no haya llegado con una normativa específica o allí donde se haya estimado que determinado ámbito puede quedar directamente disciplinado dentro del marco del Derecho de la Competencia (ejemplo de este último supuesto sería el mercado de las locomotoras ferroviarias).

Es importante resaltar la necesidad de transparencia en la aplicación de la regulación normativa y de independencia de los organismos regulatorios. La discrecionalidad del poder regulatorio podría limitarse especificando responsabilidades por la implementación regulatoria y por la gestión, requiriéndose, por otra parte, justificación de las acciones tomadas, y sometiéndose, además, al escrutinio público. Estos factores a tener en cuenta en la esfera regulatoria nos ayudaran en la distinción entre uno y otro régimen jurídico.

En definitiva, la lógica nos recuerda que la función del Derecho de la Competencia es poner fin a acciones ilegales ya identificadas, mientras que la regulación sienta las condiciones para alterar una situación pre-existente, que en sí no es ilegal, para promocionar objetivos regulatorios específicos y solucionar los fallos del mercado.

- V -

En todo proceso de liberalización, y así el que nos ocupa, surge el debate acerca de que la regulación gubernamental no es necesaria para garantizar el acceso a las

infraestructuras, ya que el Derecho de la Competencia aporta los suficientes medios para regular la conducta excluyente de los proveedores de recursos esenciales. Por ello, precisamente en la actual tendencia desregulatoria y liberalizadora de los mercados se necesita cada vez más, (y no menos), de la Doctrina de los recursos esenciales (EFD/DRE), ya que, en general, las infraestructuras públicas se encuentran en procesos de apertura a la libre competencia. En cualquier caso, estas medidas regulatorias de liberalización de poco servirían si se diera carta blanca a las empresas en el mercado para que se dedicaran a discriminar o a impedir la entrada de competidores en favor de sus propias actividades.

Si bien los casos de recursos esenciales pueden darse también en contextos puramente privados y desregulados, constatamos, sin embargo, una tendencia a que surjan en situaciones donde el propietario o gestor de ese recurso esencial está sujeto a regulación económica o es de propiedad estatal o, de alguna manera, relacionado con el Estado. De ahí, que, en general, sea importante resaltar que en la liberalización de sectores económicos, en resumidas cuentas, al final se trata de una elección de política pública a decidir entre, bien la extensión de la regulación o bien la aplicación de la Doctrina de los recursos esenciales bajo el Derecho de la Competencia. Aunque, en este último supuesto, consideramos que en aras de la seguridad jurídica, la naturaleza y alcance de la DRE/EFD deberían quedar mucho más definidos.

Parte de la doctrina, en particular uno de los autores más autorizados en este campo, TEMPLE LANG, indica que la DRE/EFD debe aplicarse bajo una interpretación más extensiva en los casos en que las empresas implicadas han sido o son favorecidas por el Estado, como es el caso de ex-monopolios nacionales. Este argumento se justifica o bien por un objetivo de justicia, o si se quiere, de igualdad, o también por una perspectiva de eficiencia económica, -con la intención de reducir el riesgo de distribución ineficiente de recursos que no es consecuencia de las fuerzas competitivas del mercado (oferta-demanda).

La primera razón es la más fácil de ver: sólo porque el Estado ha concedido a una empresa una ventaja en un mercado no significa que el Estado quiera que la empresa tenga ventajas en otros mercados derivados y esa extensión no prevista de la ventaja es injusta o desigual -en comparación con otras empresas que no gozan de la misma ventaja y por tanto, no compiten en igualdad de condiciones-. La segunda razón, desde el punto de vista de la eficiencia, si una empresa hereda una posición de ventaja proveniente de un periodo de propiedad estatal y control económico, entonces esa

distribución puede ser ineficiente, -probablemente no se ha adjudicado el recurso al operador más eficiente-, y el acceso obligatorio en pie de igualdad significa que, al menos, el mercado derivado puede regirse por empresas eficientes.

- VI -

Así, la tercera gran área de investigación de este trabajo lo constituye nuestro análisis detenido de la Doctrina de los Recursos Esenciales. Esta doctrina importada al ámbito del Derecho de la Competencia de la Unión en la década de 1990 se utiliza por su oportunidad en el marco de liberalización regulatoria de los sectores de red e infraestructuras, como ya hemos indicado.

Esta doctrina surge y evoluciona de la mano de la Jurisprudencia norte-americana a partir del asunto *Terminal Railroad Association* en 1912, y por ello, ha de tenerse en cuenta que se incardina dentro del marco de la teoría de la monopolización que no tiene su correspondencia en el ámbito europeo. A nuestro entender la evolución de esta doctrina no ha sido coherente y los mismos tribunales de la Unión Europea han evitado pronunciarse sobre ella, aunque la hayan utilizado en la práctica.

Efectivamente, si en algo coincide la doctrina es que en el estado actual de su aplicación la DRE/EFD es poco clara, por lo que en nuestra investigación hemos tenido que remontarnos a sus orígenes, evolución y desarrollo en la Jurisprudencia para poder discernir en qué situaciones puede ser útil allí donde las normas regulatorias no llegan o deba intervenir el Derecho de la Competencia.

Dentro del Derecho de la Competencia en la UE, consideramos la DRE/EFD como una herramienta analítica que complementa el método tradicional de análisis en el marco de la explotación abusiva de la posición dominante. Aunque también se incardina como una modalidad de denegación de suministro, que se viene a aplicar en los casos de integración vertical, puesto que sólo en estos casos el gestor o propietario del recurso esencial tiene un conflicto de intereses concurrentiales como proveedor y como competidor.

Ahora bien, en su aplicación surgen muchas dudas que no resuelve claramente la Jurisprudencia. La principal cuestión que nos planteamos es si sólo es aplicable esta

doctrina a los supuestos de integración vertical de dos mercados, como dispone la Comunicación de 2009 de la Comisión '*Orientaciones sobre las prioridades de control en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*' (párrs. 76, 81 y 85). También es entendido así en el paradigmático asunto *Bronner* de 1998 que marcó un hito en la evolución europea de la DRE/EFD.

Consideramos que las Conclusiones del Abogado General Jacobs respecto a este asunto *Bronner* es el estudio más completo y riguroso llevado a cabo respecto a la EFD/DRE y, en ellas, encontramos que son necesarios dos mercados pero que la relación entre los mismos puede ser vertical u horizontal (párr. 50 de las Conclusiones del A.G.)

Entendemos que si la EFD/DRE no sólo se da en los supuestos de integración vertical, podría concluirse que dicha doctrina no quedaría confinada únicamente a los supuestos de denegación de suministro, para los que sí parece exigirse la integración vertical de la empresa dominante.

- VII -

Por tanto, en dos sentidos hemos procedido al estudio de la DRE/EFD: como herramienta analítica que complementa el método tradicional de análisis en el marco de la explotación abusiva de la posición dominante y como una modalidad de denegación de suministro.

Como hemos puesto de manifiesto a lo largo del capítulo III, el método tradicional de análisis del abuso en el marco del art. 102 TFUE empieza por delimitar el mercado relevante, con el fin de valorar si existe una posición de dominio en el mismo y, de ahí, inferir la explotación abusiva por parte de la empresa dominante. También hemos visto que la amplitud o limitación con que se defina el mercado de referencia es fundamental para que se identifique en el mismo un recurso esencial. Incluso se ha criticado por algunos autores que en la Decisión de la Comisión *Sea Containers c/ Stena Sealink* se estableciera una definición tan limitada del mercado (corredor central de transporte marítimo entre Gales e Irlanda) que determinó que el acceso al puerto de Holyhead Harbour fuera considerado esencial.

La importancia de la definición del mercado de referencia también se puso de manifiesto en el asunto *ENS* en el que el TPI anuló la Decisión de la Comisión de 1994 en base a uno de sus argumentos referente a la definición errónea del mercado de referencia, que determinó la inexistencia de efecto anticompetitivo sobre el comercio entre los Estados miembros. Efectivamente, la Comisión identificó un mercado muy amplio, el mercado de servicios de transporte de pasajeros, con lo que lógicamente otros modos de transporte competían con el transporte ferroviario en el cruce del canal de La Mancha. Sin embargo, consideramos que la Comisión no fue rigurosa en la aplicación del método tradicional del análisis de mercado, y como la misma sentencia del TPI indicó, la Decisión no contenía referencia a las cuotas de mercado ni de la empresa dominante ni de los competidores. Lo cierto es que en esta Decisión, la Comisión identificó otros dos mercados, respecto a los cuales basó su análisis, (en vez de realizarlo respecto al mercado teóricamente definido), en nuestra opinión más acertados: *el de los servicios ferroviarios indispensables que las empresas ferroviarias vendían a operadores de transporte como la propia ENS*. Más rigurosa en la aplicación del análisis para la identificación del mercado relevante fue la Decisión *GVG c/ FS* de 2003, en que la Comisión identificó hasta tres mercados en que se producía el abuso: el mercado de acceso a la infraestructura ferroviaria, el mercado de la tracción y el mercado de transporte internacional de pasajeros por ferrocarril en la ruta Basilea-Milán. A nuestro entender, quizá la cuestión clave en estos casos de recursos esenciales no sea ya una correcta definición del mercado relevante, sino la identificación acertada del mismo.

La importancia de la definición del mercado relevante ha llevado a algunos autores a considerar, ante casos de recursos esenciales, innecesaria la definición *a priori* del mercado relevante, y al contrario basar su análisis en función del abuso. Podría discutirse si llegaríamos a los mismos resultados si empezáramos por discernir si un recurso es genuinamente esencial antes de aplicar el art. 102 TFUE, desplazando así el análisis de los requisitos de aplicación de la DRE/EFD que, hoy por hoy, se realiza en sede de valoración del abuso.

- VIII -

Efectivamente como pone de manifiesto el informe del EAGCP, el art. 102 TFUE está organizado por *categorías de conducta*, tales como predación de precios, discriminación, descuentos de fidelización y vinculación (aunque no recoge su denominación como tales);

indicando que el enfoque del art. 102 está basado en la forma, lo que lo hace problemático porque en muchos casos prácticas alternativas pueden servir al mismo propósito, es decir, la misma práctica puede englobar más de una de estas figuras.

Por ello, el EAGCP basa su teoría en desplazarse desde un enfoque formal a uno basado en los efectos, lo que tiene importantes implicaciones para el procedimiento de análisis. Mientras que bajo un enfoque formal, es suficiente verificar primero que una empresa es dominante en un mercado y después que se está produciendo una cierta forma de conducta¹³²¹; en cambio, un enfoque basado en los efectos requiere la verificación del perjuicio competitivo en el mercado. En este último enfoque relativo al análisis basado en los efectos, la valoración del perjuicio competitivo se centra naturalmente en mantener el proceso competitivo abierto y en evitar la exclusión de rivales actuales o potenciales del mercado. En esta línea, nos parece acertado que el EAGCP distinga tres amplias tipologías de exclusión, a saber, *exclusión dentro del mismo mercado*, donde un competidor fuerza la salida o previene la entrada de otro competidor; *exclusión en un mercado adyacente*, donde la empresa dominante excluye a los productores activos en mercados diferentes pero relacionados con su mercado principal, y; *exclusión en un mercado verticalmente relacionado*, donde la exclusión toma lugar en diferentes fases del proceso de producción.

- IX -

Sin negar la utilidad práctica del informe del EAGCP, sin embargo, en el estado actual de evolución de la DRE/EFD necesariamente hemos de utilizar el método de análisis que tradicionalmente se ha establecido para el art. 102 TFUE. Por ello, una vez establecida la posición dominante en un mercado definido, de acuerdo a factores basados principalmente en la cuota de mercado y en las barreras a la entrada y expansión, se ha de establecer el abuso. El abuso bajo esta categoría de conductas se identifica con la denegación de suministro a un recurso esencial.

La problemática en esta etapa se centra en valorar que el recurso es tan genuinamente “esencial” como para que sin el mismo no pueda desarrollarse una actividad comercial. La jurisprudencia asentada en el asunto *Bronner* estableció tres requisitos, que son los que deberán aplicarse para determinar el abuso anticompetitivo.

1321 Lo que viene a ser, al fin y al cabo, una regla *per se*.

Ahora bien, este planteamiento abre, a nuestro entender, toda una gama de nuevas cuestiones que, a veces, sólo parecen tener respuesta en la casuística concreta, y que rondan una vez más en torno a la definición del mercado de referencia y la necesidad de la existencia de dos mercados. Así nos hemos planteado por ejemplo, si estamos realmente hablando de mercados o más bien de actividades comerciales o estadios en el proceso de producción o comercialización; si la relación entre ambos mercados ha de ser horizontal o vertical; si el mercado relevante debe coincidir con el recurso esencial; si es necesario para la aplicación de la doctrina que la empresa no solo esté presente en ambos mercados, sino también que sea dominante en los dos; si el requisito que se exige de la indispensabilidad del recurso, en el sentido de no existir alternativa posible, debe utilizar el mismo test de sustituibilidad o intercambiabilidad usado para definir el mercado relevante en primer lugar.

Evidentemente, la respuesta a todas estas cuestiones dependerá del caso concreto. Puesto que en la misma pregunta se plantea la posible respuesta, podemos concluir que conforme a la línea evolutiva marcada por la Jurisprudencia de los tribunales UE hasta ahora y que hemos visto a lo largo del capítulo IV, la EFD/DRE queda confinada en los límites de la denegación de suministro como una modalidad de esta figura y que, como consecuencia, requiere la definición de dos mercados relacionados: *El mercado descendente será aquel para el cual el insumo denegado es necesario para fabricar un producto o prestar un servicio; la empresa dominante compite en el mercado descendente con el comprador al que se niega a suministrar*¹³²².

Asimismo la relación entre los dos mercados requiere una estructura de integración vertical de la empresa dominante, puesto que ésta es suministradora/proveedora y competidora de su rival. El mercado descendente donde se producen los efectos anticompetitivos puede ser un mercado hipotético o para el que haya una demanda potencial, puesto que con esta tipología también se pretende evitar el cierre anticompetitivo de los mercados y el surgimiento de nuevos mercados.

Deducimos también que la empresa ha de ser dominante en el mercado donde se sitúa el recurso; si bien no ha de ser dominante en el mercado descendente, sí que se requiere su

1322 En el aptdo. 76 de la Comunicación de 9 de febrero 2009 de la Comisión ‘Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes’ (DO C 45 de 24 de febrero de 2009, pp. 7 a 20).

presencia en el mismo, aunque sea potencialmente, puesto que se incluyen las conductas en que la empresa usa su poder de mercado para extenderlo o reforzarlo a un mercado relacionado, en el cual la empresa dominante aún puede no estar presente, pero en el que pretende entrar a competir, como sucedió en el asunto *Commercial Solvents*. Esta modalidad se acerca a la teoría de la monopolización en USA, y tiene cierto componente de prevención en el ámbito de una disposición, como lo es el art. 102 TFUE, en el que se permiten las posiciones dominantes y en el que solo una vez cometido el abuso se pueda castigar la conducta. Por otra parte, indicar que en el ámbito europeo la intención en el abuso es un componente más en la valoración objetiva de la conducta llevada a cabo por la empresa dominante.

Todo lo anterior nos conduce a considerar que ante recursos esenciales se han de exigir los mismo requisitos de aplicación de la DRE/EFD, en, lo que a nuestro entender, podrían constituir sus diferentes modalidades, es decir, tanto si se trata de suspensión o interrupción del acceso o suministro o si se trata de prácticas discriminatorias en el acceso o suministro a un cliente existente, como si se trata de nueva entrada al mercado derivado existente por competidores potenciales, como si se trata de la creación de un nuevo mercado derivado para el que existe una demanda potencial.

- X -

Como consideración final de este trabajo de investigación, estimamos que a pesar de la complejidad de los temas tratados, o quizá por esta misma razón, los temas analizados, como frecuentemente ocurre, abren la puerta a otras nuevas líneas de investigación, como lo serían un estudio con rigor no solo de la evolución en la aplicación del art. 102 TFUE, sino también de sus concomitancias y diferencias respecto a su homónimo norteamericano, la Sección 2 del Sherman Act, especialmente en el ámbito de la DRE/EFD, donde autores de gran relevancia han puesto de manifiesto que es en esta tema donde más se marcan las diferencias entre los regímenes de Derecho de la Competencia en el seno de la UE y la legislación antitrust estado-unidense. Apuntamos, además, otra posible línea de investigación en relación con el estudio y establecimiento de criterios, a modo de Directrices u Orientaciones, que formalmente nos guíen en la distinción en la

aplicación de la normativa regulatoria o de las disposiciones de Derecho de la Competencia.

El enfoque del Derecho de la Competencia en la Unión Europea respecto al abuso de la posición dominante ha sido y sigue siendo conservador, y entendemos que sus principios de aplicación apenas han variado desde sus mismos orígenes. Parece que la única innovación ha sido recoger, en un intento de sistematización, dichos principios y conceptos como Orientaciones de aplicación, que a nuestro entender, no va a la par con las necesidades actuales de una realidad empresarial formada por cada vez menos compañías más globales, y por ello, con más poder de mercado. Queda aún camino por recorrer en el plano jurídico cuando se tratan aspectos complejísimos de competencia como el papel del monopolio, la negativa a contratar, la teoría de las “essential facilities” o el papel de la política de competencia en industrias sujetas a regulación.¹³²³

1323 Véase ESCRIBANO CAÑAS, B. y JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE, J., en “El modelo de análisis prospectivo en el sector de las telecomunicaciones. El peligro de examen dual” en J.M. Beneyto Pérez, (Dir.) y J. Maillo González-Orus (Coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Instituto de Estudios Europeos, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 167.

BIBLIOGRAFIA

ABEGG, P.: “Concentraciones en el sector del transporte. Transporte intermodal y definición del mercado relevante: algunos ejemplos”, en J.M. Beneyto Pérez, (Dir.) y J. Maillo González-Orus (Coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 111 a 125.

ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF): “Contrato-Programa. Administración General del Estado – ADIF 2007-2010”. Disponible en: http://www.adif.es/es_ES/index.shtml

AGUADO, T. y RUIZ, A.: *El nuevo sector ferroviario y la competencia: detección de barreras a la entrada*, Adjudicación de ayudas a la investigación-XXIII convocatoria 2004, orden FOM/2844/2004, de 30 de julio (BOE 27/11/2004).

AHLBORN, E. y PADILLA: “Competition Policy in the New Economy: is European Competition Law up to the challenge?” en *ECLR* (2001), n. 5, pp. 156-167.

ALBORS-LLORENS, A.: “The EFD in EC Competition Law” en *The Cambridge Law Journal*, (1999), vol. 58, n. 3, noviembre, pp. 461-499.

ALCALA DIAZ, M.A.: “Derecho de Defensa de la Competencia nacional y autonómico”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 9, 2011, pp. 399-433.

ALDECOA, F.: “La diplomacia europea como diplomacia común” en F. Aldecoa (Coord.) *La diplomacia común europea: el servicio europeo de acción exterior*, Marcial Pons, Madrid 2011.

ALTZELAI ULIONDO, I.: “Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 9, 2011, pp. 51-72.

ANDERSON, R., HIRSCH, R., TROMPET, M. y ADENEY, W.: “Developing benchmarking methodologies for railway infrastructure management companies”. *Association for European Transport*. European Transport Conference, 8-10 de octubre 2003.

AREEDA, P. E.: “Essential Facilities: an epithet in need of limiting principles”, *American Bar Association Section of Antitrust Law*, 1989-1990, n. 58, p. 841.

AREEDA P. E. y HOVENKAMP H.: *Fundamentals of Antitrust Law*, Aspen Publishers, New York, 2003, vol. I-II.

- De los mismos autores, *Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application*, Cambridge, Massachussets, 1994.

AREEDA P. E. y KAPLOW, L.: *Antitrust analysis: problems, text, cases*, ed. Little, Brown and Company, Boston, 1988.

ARMSTRONG, K. A. – “Governance and the Single European Market”, en P. Craig y G. de

Búrca (dir.) *The evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 1999, cap. 21.

ARROYO APARICIO, A.: “La aplicación descentralizada de los arts. 81 y 82”, en J.I. Font Galán y M. Pino Abad (Coords.) *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

ARRUÑADA, B.: “Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia” en J.M. Beneyto Perez, (Dir.) y J. Maillo Gonzalez-Orus (Coord.) *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Bosch, Barcelona, 2002, (cap. 3).

AZCUENAGA, M.L.: “Essential Facilities and Regulation: Court or Agency Jurisdiction?”, *Antitrust Law Journal*, 1990, vol. 58, pp. 879-886.

BAANDERS, A. y BOSSCHE, M. van den: “Competition or co-operation in international transport policy. What are the choices?”. *Association for European Transport*. European Transport Conference, 8-10 de octubre 2003.

BAUMOL, W.J.: “Having your cake: how to preserve universal-service cross subsidies while facilitating competitive entry” en *Yale Journal on Regulation*, (1999), vol. 16, pp. 1-18.

BEHRENS, P.: “Comment: controlling dominance or protecting competition: from individual abuses to responsibility for competition”, en H. Ullrich (Dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, ed. Ascola (Academic Society for Competition Law), Munich, 2006.

BENEYTO ALONSO, J.M.: “La reforma de la política europea de transportes y el impulso de la red ferroviaria con prioridad para las mercancías” en F. Martínez Sanz y M. Victoria Petit Lavall (Dirs.) y F. Juan y Mateu (Coord.) *Estudios sobre Derecho y Economía del transporte: Reforma y Liberalización*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 499 a 520.

BENEYTO PEREZ, J.M. y MAILLO GONZALEZ-ORUS, J.: “Introducción: Una visión general sobre las concentraciones empresariales y su control en España y la Unión Europea”, en J.M. Beneyto Perez, (Dir.) y J. Maillo Gonzalez-Orus (Coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Instituto de Estudios Europeos, ed. Dykinson, Madrid, 2005.

BENEYTO PEREZ, J.M. y RAMOS MELERO, R.: *Nuevos modelos de financiación de las infraestructuras de transporte terrestre*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid, 2009.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: “La prohibición del abuso de posición dominante”, en BERCovITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.) *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 95-120.

BERGMAN, M.A. - “The Bronner case: a turning point for the essential facilities doctrine”, *ECLR*, 2000, vol. 21, nº 2 Febrero, pp. 59-63.

BERNABEI CANCIAN, A., CHARRO NICOLAS, P., GARCIA AGUADO, E., RODRIGUEZ RODRIGO, J.: “Derecho de Defensa de la Competencia Internacional y Comunitario”,

Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD), 2011, n° 9, pp. 309-397.

BIEBER, R., MAIANI, F. y DELALOYE, M.: “Droit européen des transports” en C. Kaddous y P. Mercier (Dir.) *Dossiers de Droit européen*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant LCDI, Bruselas, septiembre 2005.

BLUMENTHAL, W.: “Compulsory access under the antitrust laws”, ed. King & Spalding, Washington DC, 1989.

BOLT, C.: “Developing the framework of rail regulation”, Beesley regulation lecture de 15 Noviembre 2005.

BORCHARDT, K-D.: *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, OPOUE, Luxemburgo, 2011.

BOY, L.: “Abuse of market power: controlling dominance or protecting competition?” en H. Ullrich (Dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, ed. Ascola (Academic Society for Competition Law), Munich, 2006.

BRIONES, J.: “Análisis de la competencia en los mercados de los servicios postales”, en J.M. Beneyto Pérez, (Dir.) y J. Maillo González-Orus (Coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Instituto de Estudios Europeos, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 205 a 214.

BROKELMANN, H. y MARTINEZ LAGE, S.: “El nuevo tratamiento de las restricciones verticales en el Derecho de la competencia comunitario: El Reglamento (CE) n° 2790/1999” en J.M. Beneyto Pérez, (Dir.) y J. Maillo González-Orus (Coord.) *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, cap. 4.

BUSCHE, A. “How does the Community wish to revitalize its railways?” en *Intereconomics*, (2004), v. 39, n. 4, Julio-Agosto, pp. 213-221.

CABRILLO, F. – “Objetivos de una política de defensa de la competencia”, en S. Martínez Lage y J. Amadeo Petitbó (Drs.) *La modernización del Derecho de la Competencia en España y la UE*, ed. Colección Derecho, Madrid, 2005.

CANTOS BAQUEDANO, F. “Los abusos de poder de mercado y de la situación de dependencia económica”, en S. Martínez Lage y J. Amadeo Petitbó (Dir.) *La modernización del Derecho de la Competencia en España y la UE*, ed. Colección Derecho, Madrid, 2005.

CARLON RUIZ, M.: “El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia” en G. Fernández Farreres (Coord.) *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 285-414.

CÁSCALES MORENO, F.J.: “El libro Blanco de la Política Europea de los Transportes en el horizonte del año 2010: la hora de la elección” en *Noticias UE*, (2005), n° 213.

- del mismo autor: “El Derecho de la competencia interno y comunitario, de aplicación al transporte terrestre”, *Noticias UE*, (2001), nº 216.

- del mismo autor: “La Política Europea de los Transportes desde el Tratado de Roma a la nueva Constitución Europea”, Mayo 2005.

- del mismo autor: “La Política Común de Infraestructuras del Transporte; Evolución histórica y situación actual”, *REVISTAS TRANSPORTE* 3, nº 294 y *VIAJEROS*, nº 105.

- del mismo autor: “La Política Común de Transportes y la Nueva Constitución Europea”, Conferencia en la Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Curso General de Transportes Terrestres, Madrid, 2005.

CASTALDO, A. y NICITA, A.: “Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy”, *Review of Law and Economics*, (2007), 3:1, pp. 83 a 108.

- de los mismos autores: “Essential Facility and Efficiency in European Antitrust. Some Lessons from GVG/FS in the Railway Sector”. Simple 38/05, *Siena memos and papers on law and economics*, University of Siena Faculty of Economics R.M. GOODWIN, 2005.

CAVE, M. y CROWTHER, P.: “Competition Law approaches to regulating access to utilities: the essential facilities doctrine” en *Rivista Internazionale di scienze sociali*, 1995, Milan, Año 103, nº1, marzo, pp. 141-157.

CEMT: “Rapport sur la situation actuelle du transport combiné en Europe”, Oficina de publicaciones de la OCDE, 1998.

- También de CEMT: “European integration of rail freight transport” en Informe de la 125ª mesa redonda en Economía del transporte, mantenida en París los días 28 y 29 de noviembre de 2002, *Economic Research Centre*.

CEO (Corporate Europe Observatory): “The Two Faces of EU Transport Policy” en *Corporate Europe Observer*, Junio 1999, nº 3.

CHAPIN, A. y SCHMIDT, S.: “Do mergers improve efficiency? Evidence from deregulated rail freight” en *Journal of Transport Economics and Policy*, Mayo 1999, vol. 33, parte 2, pp. 147-162.

Consejo de Europa, Parliamentary Assembly: “Transport technologies and European integration”, *Committee on Science and Technology*, documento 9011, de 29 de marzo de 2001.

- del mismo: “Politiques de transport européennes”, *Commission des questions économiques et du développement*, documento 8170, 10 de julio 1998.

- del mismo: “Technologies du transport et intégration européenne”, *Commission des questions économiques et du développement*, documento 9095, 9 de mayo 2001.

CRAIG, P. y DE BURCA, G.: *EU LAW: Text, Cases and Materials*, OUP, Oxford, 4ª ed., 2008.

CROWE, B.: “The European external action service and the unity and coherence of European Foreign Policy” en F. Aldecoa (Coord.) *La diplomacia común europea: el servicio europeo de acción exterior*, Marcial Pons, Madrid 2011.

CRUZ FERRER, Juan de la y LLORENTE CABALLERO, Alfonso – “El control de las concentraciones en el sector postal” en J.M. Beneyto Pérez, (Dir.) y J. Maillo González-Orus (Coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Instituto de Estudios Europeos, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 187 a 204.

CUTHBERT, M.: *Q&A Routledge, Cavendish Questions and Answers series*, 7ª ed., Oxon (UK), 2009-2010.

DAAN, V. y ROSENSTOK, J.: “How to regulate new markets? Innovation and competition in the EU electronic communications framework”, *Agenda*, ed. Oxera, nov. 2005.

D’ENTREMONT, A.: “Geografía Económica”, ed. Cátedra, Madrid, 1997.

DEPARTMENT FOR TRANSPORT and THE STRATEGIC RAIL AUTHORITY: *Liberalising Rail Freight Movement in the EU*, Joint Memorando. Report with evidence, European Union Committee of the House of Lords, 4th Report of Session 2004-2005, Londres, publicado por the Stationery Office Limited el 4 de marzo de 2005.

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS: “El Transporte Internacional impulsa la Economía Mundial” en *PERSPECTIVAS ECONOMICAS*, (publicación electrónica), 2000, vol. 5, nº 3, octubre.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Las organizaciones internacionales*, 16 edición, Tecnos, Madrid, 2010.

DIEZ ESTELLA, F.: “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del 'monopoly leveraging' a las 'essential facilities'” en *Revista de Derecho Mercantil*, 2003, nº 248, pp. 555-604.

DIEZ MORENO, F.: *Manual de Derecho de la UE*, 2ª edición Civitas, Madrid, 2001, adaptada y puesta al día hasta el Tratado de Niza por M. López-Monis.

DIX, A.: “Research and Innovation Techniques”, Universidad de Lancaster, 2004, disponible en <http://www.comp.lancs.ac.uk/~dixa/topics/res-tech/> (último acceso a 14 de junio 2011).

DOHERTY, B.: “Just what are essential facilities?” en *CMLR*, 2001, nº 38 (2), pp. 397-436.

EAGCP (Economic Advisory Group on Competition Policy, en la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea), integrado por J. Gual, M. Hellwig, A. Perrot, M. Polo, P. Rey, K. Schmidt, R. Stenbacka: *An economic approach to Article 82*, Bruselas, Julio 2005.

ECORYS NEDERLAND BV: “Guidelines for sustainable partnerships in railway maintenance”, 13 nov. 2006, disponible en <http://www.ecorys.com> (último acceso a 14 de

junio 2011)

EILMANSBERGER, T.: “How to distinguish good from bad competition under art. 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anticompetitive abuses”, *CMLR*, 2005, nº 42 (1), febrero, pp. 129-177.

ESCRIBANO CAÑAS, B. y JIMÉNEZ-LAIGLESIA OÑATE, J.: “El modelo de análisis prospectivo en el sector de las telecomunicaciones. El peligro de examen dual” en J.M. Beneyto Pérez, (Dir.) y J. Maillo González-Orus (Coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Instituto de Estudios Europeos, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 157 a 170.

ESTEVAN DE QUESADA, C.: “La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica” en *Revista de Derecho Mercantil*, jul.-sept. 2005, nº 257, pp. 1079-1127.

European Rail Research Advisory Council (ERRAC): *Strategic Rail Research Agenda 2020*, SRRA, Londres, mayo 2007.

EVARD, S.J.: “Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond”. *Columbia Journal of European Law*, 2004, vol. 10, pp. 491-526.

EZRACHI, A.: *EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oxon (UK), 2008.

FALLON, M.: *Droit materiel general des Communautés européennes*, ed. A B Bruylant, Bruselas, 1997, cap. 10: “Les transports”.

FAULKS, R.W.: *International Transport. An introduction to current practices and future trends*, ed. Kogan Page, Londres 1999.

FERNÁNDEZ DURAN, R.: “Movilidad motorizada, globalización económica y proyecto europeo”, en F. Aldecoa (coord.) *Redes Transeuropeas. Modelo Federal de la UE- una visión desde Euskadi*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

FINE, F. – “A logical application of essential facilities doctrine: NDC/IMS” en *ECLR*, (2002), vol. 23, nº 9, sept., pp.459 y ss.

FONTAINE, P.: *Doce lecciones sobre Europa*, OPOUE, Luxemburgo, 2011.

FOSTER, C.D.: *Privatisation, public ownership and the regulation of natural monopoly*, ed. Blackwell, Oxford, 1993.

FOX, E.M.: “The Market Power Element of Abuse of Dominance –Parallels and Differences in Attitudes – US and EU”. Twelfth Annual EU Competition Law and Policy Workshop: “A Reformed Approach to Article 82 EC”. Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Florence, June 2007, en C.D. Ehlermann y M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2007.

- Freshfields Bruckhaus Deringer:** *European railway legislation: UK*, Londres, octubre 2004.
- FRISCHMANN, B. y WEBER WALLER, S.:** *Essential Facilities, Infrastructure, and Open Access*, ed. Loyola University, Chicago, 2006.
- de los mismos autores, “Revitalizing essential facilities”, *Antitrust Law Journal*, 2008, vol. 75, pp. 1-65.
- FUNDACIÓN FFC ESPAÑOLES** - “Establecidos los cánones por el uso de la infraestructura en España” en *VIA LIBRE*, 2005, n° 486, mayo.
- FURSE, M.:** “The essential facilities doctrine in Community Law” en *ECLR*, 1995, vol. 16, n° 8, nov.-dic., pp. 469-473.
- del mismo autor: “Monopoly Price Discrimination, article 82, and the Competition Act”, *ECLR*, 2001, n° 5, pp. 149-155.
- GALAN CORONA, E.:** “Notas sobre el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de dic. 2002, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE” en *Revista de Derecho Comunitario*, 2003, n° 15, año 7, mayo/agosto, pp. 499-524.
- GIPPINI FOURNIER, E.:** “Essential Facilities y aplicación del art. 82 TCE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 2000, n° 205, enero/feb., pp. 77-95.
- GLAISTER, S.:** “Competition destroyed by politics: British Rail privatisation” en *Conferencia sobre la Competencia en la Industria Ferroviaria, patrocinada por la Fundación Rafael del Pino*, Madrid, 16 y 17 de septiembre de 2004.
- del mismo autor: “Desregulación y privatización”, en G. de Rus y C. Nash (coords.) *Desarrollos recientes en Economía del Transporte*, ed. Civitas – Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Madrid, 1998, pp.219 a 312.
- GLAISTER, S., BURNHAM, J., STEVENS, H. y TRAVERS, T.:** *Transport Policy in Britain*, ed. Macmillan Press Ltd., Londres, 1998.
- GOMEZ, H., FIGARI, H. y ZUÑIGA, M.:** “Hacia una metodología para la definición de mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio” en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 2004.
- GOMEZ-IBÁÑEZ, J.A.:** “Railroad reform and competition: an overview of the options” en *Conferencia sobre la Competencia en la Industria Ferroviaria*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 16 y 17 de septiembre de 2004.
- GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.:** “La competencia entre transportistas” en *Noticias de la UE*, 2005, n° 245, pp.63-68.
- GORISON, S. M.:** “Overview: Essential Facilities and Regulation” en *Antitrust Law Journal*, 1989-1990, n° 58, p. 871.

GOYDER, D.G.: *EC Competition Law*, EC Law Library - OUP, 3ª Edición 1998 y 4ª Edición, Oxford, 2003.

HAGREAVES, S.: *EU Law*, OUP, Oxford, 2009.

HANCHER, L.: “Case Law: Court of Justice (Oscar Bronner v. Mediaprint)” en *CMLR*, nº 36, 1999, pp. 1289-1307.

HARRIS, N.G. y SCHMID, F.: *Planning Freight Railways*, Londres, sept. 2003.

HATZOPOULOS, V.: “The EU essential facilities doctrine” en *RESEARCH PAPERS IN LAW*, 2006, nº 6/2006, European Legal Studies, College of Europe (disponible en www.coleurop.be).

HELM, D. y JENKINSON, T.: “The assessment: introducing competition into regulated industries”, *Oxford Review of Economic Policy*, 1997, vol. 13, nº1.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, F.: “Documento de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 del Tratado a determinados abusos anticompetitivos (abusos exclusionarios)”, *Actas de Derecho Industrial Derecho de Autor*, Tomo XXVI, 2005-2006, pp. 485-494.

HOLLMAN, H.M. y KOVACIC, W.E.: “The International Competition Network: its past, current and future role” en LUGARD, P. (dir), *The International Competition Network at ten*, Intersentia Ltd, Cambridge (UK), 2011, pp. 51-91.

HOLVALD, T., FIONA, R. y PRESTON, J.: “Railways in transition: a review of reforms in Europe, Japan, New Zealand and South America” en *European Transport Conference*, 8-10 de octubre 2003, Association for European Transport, (disponible en <http://www.aetransport.org>).

HOU, L.: *Refusal to deal within EU Competition Law*, Interdisciplinary Centre for Law & ICT (ICRI) of the Katholieke Universiteit Leuven, 2009.

HUMPE, Ch. y RITTER, C.: “Refusal to Deal”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, Global Competition Law Centre, College of Europe, Brujas, Julio 2005, pp. 134 a 165.

HUTCHINGS, M.: “The competition between law and economics” en *ECLR*, 2004, nº 9, pp. 531-533.

IBM y HUMBOLDT UNIVERSITY OF BERLIN: “Rail Liberalisation Index 2002. Comparison of the Status of Market Opening in the Rail Markets of the 15 Member States of the EU, Switzerland and Norway”, enero 2003.

ILLESCAS, R.: “El campo de aplicación del Derecho de la Competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación”, en *Jornadas de Derecho de la Competencia en la Universidad Carlos III*, Madrid, 2003.

IM Technologies: “The Economic impact of carrier liability on Intermodal Freight Transport. Executive Summary”, Londres, 22 de Enero de 2001.

IZQUIERDO SANS, C.: *Gibraltar en la UE: consecuencias sobre el contencioso hispano-británico y el proceso de construcción europea*, ed. Tecnos, UAM, D.L., Madrid 1996.

JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, E.: *Metodología de la investigación documental. Técnicas para la elaboración de una tesis doctoral en Derecho*, publicado por Ayuntamiento de Málaga, 2006.

JONES A. y SURFIN B.: *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, OUP, 3ª Edición, Oxford, 2008.

JOST, F.: “Workshop Multi-annual contracts” en *aUnit “Railway Transport and Interoperability”*, Dirección General para la Energía y el Transporte, Bruselas, 31 Mayo 2006.

KAHN A.E.: “Market Power Issues in Deregulated Industries”, *Antitrust Law Journal*, 1992, vol. 60, pp. 857-866.

KEPPEL, A.: “Open access to Germany’s railway network. Did the regulatory bodies do their job, experiences of the regulatory body, Eisenbahn-Bundesamt” en la *Conferencia “Rail Freight Liberalisation- one year on”*, organizada por EIM, ERFA y UIRR en Bruselas el 17 y 18 de marzo de 2004.

KESSLER, E. Prieto: “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, *Gaceta Jurídica*, enero-febrero 2000, nº 205.

- del mismo autor: “La política de defensa de la competencia en la Unión Europea” en *ICE, El modelo económico de la UE*, enero-febrero 2005, nº 820.

KEZSBOM, A. y GOLDMAN, A.V.: “No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the ‘Essential Facilities’ Doctrine,” *Columbia Business Law Review*, 1996, vol. 1, nº 145.

KINGSTON, S.: Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, Sot. Léloukas y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, antes Glaxowellcome AEVE, *CMLR* nº 46, 2009, pp. 683-701.

KIRCHNER, C.: “Regulating towards what? The concepts of competition in sector-specific regulation, the likelihood of their realisation and of their sustainability, and their relationship to rendering public infrastructure services” en H. Ullrich (Dir.), *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, editado por Ascola (Academic Society for Competition Law), Munich, 2006.

KLERK, B.: “Increasing capacity on the existing network”, en la *Conferencia “Finance for Trans-European Rail in the 21st century – time to decide”*, Bruselas, 10 de febrero de 2004.

KOGAN, J.H.: “Reformas ferroviarias en America Latina: Lecciones y desafíos” en *Conferencia sobre la Competencia en la Industria Ferroviaria*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 16 y 17 de septiembre de 2004.

KOKKORIS, I.: “The Development of the Concept of Collective Dominance in the ECMR. From its Inception to its Current Status” en *World Competition*, 2007, nº 30(3), pp. 419-448.

- del mismo autor: *A gap in the enforcement of article 82*, editado por British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2009.

KORAH, V.: *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 8ª edición, Oxford, 2004.

KUHN, K., CAFFARRA, C. y MALDOOM, D.: “Designing Competition Policy towards Essential Facilities” en *CEPR workshop on ‘Recent Developments in the Design and Implementation of Competition Policy,’* Florencia, 29-30 noviembre 1996.

LAGUNA DE PAZ, J.C., “Autoridades de Defensa de la Competencia y Reguladores Sectoriales, a propósito de la STS de 6 de octubre de 2010”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, no. 9, 2011, pp.151-157.

LANG, J.T.: “Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities” en *Fordham International Law Journal*, 1994-1995, vol. 18, nº 437, pp. 439-524.

- del mismo autor: “European competition policy and regulation: differences, overlaps and constraints” en *Tercera Conferencia Antitrust*, organizada por Ecole des Mines de Paris (CERNA: Centre for Industrial Economics) y Universidad de California en Berkeley (BCLT: Berkeley Centre of Law and Technology), Paris, 12 a 13 de enero de 2006.

- del mismo autor: “The use of competition law powers for regulatory purposes” en *Annual Competition Policy Conference*, Regulatory Policy Institute, Oxford, Julio 2007.

LANG, J.T. y O'DONOGHUE, R.: “The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, Global Competition Law Centre, College of Europe, Brujas, Julio 2005, pp. 38-64.

LOWE, P.: “How different is EU antitrust? A route map for advisors. An overview of EU competition law and policy on commercial practices” en *Conference d’automne de l’Americian Bar Association*, ABA, Fall meeting, Bruselas, 16 de octubre de 2003.

LUCENA CAYUELA, N.: *Guía de la UE*, SPES Editorial, 1ª edición, VOX, Tomo I, Barcelona, 2002.

LUGARD, P.: *The Internacional Competition Network at ten*, Intersentia Ltd, Cambridge (UK), 2011.

MANGAS MARTIN, A.: *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la UE*, 15 edición, Tecnos, Madrid, 2011.

MANGAS MARTIN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011.

MARCOS, F.: “Recensión – How the Chicago School overshot the mark. The effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, 2009, no. 4, pp. 539-551.

MARTÍN CASTRO, M.P.: “El transporte multimodal: concepto y sujetos” en *Publicaciones científicas y profesionales, (EDICIP)* 2001.

MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, J.: “El proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 7, n° 15, 2003.

MARTINEZ ALIFA, E.: “La ‘Doctrina de los recursos esenciales’ en el transporte ferroviario” en *Noticias de la UE*, 2009, mayo, n° 292, pp. 39 a 45.

- de la misma autora: “Introducción a la ‘Doctrina de los recursos esenciales’ en el transporte ferroviario” en F. Martínez Sanz y M. Victoria Petit Lavall (Dirs.) y F. Juan y Mateu (coord.) *Estudios sobre Derecho y Economía del transporte: Reforma y Liberalización*, editorial Tecnos, Madrid, 2009, pp.521 a 541.

MARTINEZ SIERRA, J.M.: “La Constitución económica en la Unión Europea y en España”, en J. Lima Torrado, E. Olivas y A. Ortiz-Arce de la Fuente (coords.) *Globalización y Derecho*, editorial Dilex, Madrid, 2007, pp. 381-407.

MASSA, S.: “Injecting competition in the railroad industry through access”, *Transportation Law Journal*, 1999, vol. 26, pp.283-318.

MASSEY, P. y SHORTALL, T.: “Competition and Regulation in Public Utility Industries” en *Discussion Paper (Competition Authority)*, 1999, n° 7, julio.

MATUSZEWSKI, E.: “Desafíos de la mutación en el mercado de transportes : los ferrocarriles y la UIC”, *Revista DYNA – Transportes y Logística*, octubre 2003, pp. 37-43.

MERTENS, P.: “How consistently has the issue of collective dominance been developed under Article 82 and the EC Merger Regulation respectively?”, *Termpaper 2001*, (disponible en <http://www.grin.com/e-book/104011>).

MEZZANOTTE, F.: “Interpreting the Boundaries fo Collective Dominance in article 102 TFUE”, *European Business Law Review*, n° 21(4), 2010, pp. 519-537.

MOLINA DEL POZO, C.F.: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª edición, Dijusa, Madrid, 2002, pp. 519-537.

MONEGER, J.: “Competition, regulation and system coherence” en H. Ullrich (Dir.) *The evolution of European Competition Law: whose regulation, which competition?*, editado por Ascola (Academic Society for Competition Law), Munich, 2006.

MONTERO PASCUAL, J.J.: “La transición a la competencia en el transporte ferroviario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, 2009, n° 4, pp.121-136.

MONTI, M.: “Antitrust in the US and Europe: a history of convergence”, *General Counsel Roundtable de la American Bar Association*, Washington DC, 14 de noviembre de 2001, (Speech/01/540).

MOUSSIS, N.: “Acces à L’Union Européenne”, ed. Pedone, 10ª edición revisada, Paris, 2002.

NARINGSLIV, S.: “Transport Policy – Goods by rail. The way to an open European market”, Estocolmo, sept. 2002.

NASH, C.: “Externalidades en Transporte, ¿tiene sentido la valoración monetaria?” en G. de Rus y C. Nash (coords.) *Desarrollos recientes en Economía del Transporte*, editorial Civitas – Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Madrid 1998, pp. 363-392.

NASH, C. y MATHEWS, B.: “Rail infrastructure charges – the issue of scarcity” en *European Transport Conference*, Association for European Transport, Londres, 8-10 de octubre 2003, (disponible en <http://www.aetransport.org>).

NASH, C., MATHEWS, B. y SHIRES, J.: “The EU Transport Policy White Paper: an assessment of progress”, *informe para la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER)*, julio 2004.

NASH, C. y RIVERA-TRUJILLO, C.: “Rail regulatory reform in Europe: principles and practice”, *STELLA Focus Group 5 synthesis meeting*, Atenas, junio 2004.

NEMIROVSKIS, D.: “Mandatory Dealing in the European Union Law: the way of thorns”, *ELSA SPEL*, nº 1, 2005.

NERA: “The market for rail freight”, sept. 1997, (disponible en www.nera.com).

NIJKAMP, P.: “From missing networks to interoperable networks – the need for European cooperation in the railway sector”, *Transport Policy*, 1995, vol. 2(3), pages 159-167, July.

OLMEDO GAYA, A.: “El Nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica”, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000.

OCDE: “Access to key Transport Facilities”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs*, (Competition Committee), DAF/COMP(2006)29, 9 nov. 2006.

OCDE: “Benchmarking Intermodal Freight Transport”, 2002.

OCDE: “Guidance to business on monopolisation and abuse of dominance”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs*, Competition Committee, DAF/COMP (2007) 43, 17 jun. 2008.

OCDE: “Intermodal freight transport: institutional aspects”, 2001.

OCDE: “Oligopoly”, *Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs*, (Committee on Competition Law and Policy), DAF/CLP(1999) 25, 21 oct.1999.

OCDE: “Refusals to deal”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, (Competition Committee)*, DAF/COMP(2007)46, 3 sep. 2009.

OCDE: “Roundtable on Facilitating Practices in Oligopolies”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, (Competition Committee)*, DAF/COMP(2008) 24, 5 sep. 2008.

OCDE: “Structural reform in the rail industry”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, (Competition Committee)*, DAF/COMP (2005) 46, 21 dec. 2005.

OCDE: “Techniques and evidentiary issues in proving dominance/monopoly power”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, (Competition Committee)*, DAF/COMP(2006)35, 9 oct 2008.

OCDE: “The essential facilities concept” en *Roundtables on competition policy*, OCDE/GD(96)113, Paris 1996.

OCDE: “The role of competition policy in regulatory reform – OECD reviews of regulatory reform – Regulatory reform in the United Kingdom”, 2002.

ORTIZ BLANCO, L., CABRERA, S. y SOPEÑA BLANCO, V.: “Las normas de competencia comunitarias en el transporte” en J.M. Beneyto Pérez (dir.) *Tratado de Derecho de la Competencia*, BOSCH, sept. 2002, pp. 1645-1687.

ORTIZ BLANCO, L. y SOPEÑA BLANCO, V.: “El Derecho de la Competencia comunitario en el sector de los transportes”, en J.M. Beneyto Pérez (dir.) y J. Maillo González-Orus (coord.) *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 77 a 109.

ORTIZ BLANCO, L. y VAN HOUTTE, B.: *Las normas de competencia comunitarias en el transporte*, Civitas: Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1996.

OVERD, A. y BISHOP, B.: “Essential Facilities: the rising tide” en *ECLR*, 1998, vol. 19, nº 4.

OXERA: “Essential or nice to have. A competition based framework for `rail-related services””, *AGENDA: Advancing economics in business*, julio 2006, (disponible en http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda_July%2006/Essential%20or%20nice%20to%20have.pdf).

PACHECO CAÑETE, M.: “El abuso de posición dominante en el sector de la telefonía fija”, en J.I. Font Galán y M. Pino Abad (coords.) *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

PADILLA, J. y AHLBORN, C.: “From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law” en *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007.

PASCUAL Y VICENTE, J.: “El abuso de posición dominante” en *Revista de Derecho Mercantil*, 2002, nº 245, jul-sept., pp. 1291-1364.

PAULIS, E.: “Article 82 EC and exploitative conduct” en *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007.

PEEPERKORN, L.: “Commission publishes discussion paper on abuse of dominance” en *COMPETITION POLICY NEWSLETTER*, 2006, n° 1, (disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/Articles>).

PELLISE CAPELL, J.: *Mercado relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002.

- del mismo autor: *La explotación abusiva de una posición dominante*, ed. Civitas - Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 2002.

PENDON, J.: *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Pamplona, 1999.

PENGILLEY, W.: “Access to essential facilities: a unique antitrust experiment in Australia” en *ANTITRUST BULLETIN*, ABI/INFORM Global, verano 1998, vol. 43, n° 2, pp. 519-539.

PEREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J.: “La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 2000, n° 205, enero-febrero.

PETTY, G.: *Teaching today*, 3ª Edición, Nelson Thornes Publishers, Cheltenham, 2004.

PITOFISKY, R., PATTERSON, D., y HOOKS, J.: “The essential facilities doctrine under U.S. Antitrust Law”, *Antitrust Law Journal*, 2002, vol. 70, pp. 443-462.

PUTZEYS, J.: “El transporte nacional de mercancías por carretera en Bélgica bajo las reglas CMR” en *Conferencia en la Universidad Complutense*, Madrid, 11 de diciembre de 2002.

QUINET, E.: “French Railways on the razor’s edge. Situation and perspectives of the railways system” en *Conferencia Competencia en el transporte ferroviario*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, sept. 2004.

Railtrack PLC.: *A guide to Rail Freight*, Londres, abril 1999.

RAMOS MELERO, R.: “El paquete ferroviario 2001: nuevas vías para el ferrocarril de la Union Europea” en *Noticias de la UE*, 2002, n° 207, abril, pp. 67-72.

- del mismo autor: “Reformas y políticas liberalizadoras del ferrocarril: El nuevo escenario en la UE” en *Colección de Historia Ferroviaria*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid, 2004.

- del mismo autor: “Nuevas vías para la liberalización ferroviaria europea: el tercer paquete ferroviario y el nuevo Reglamento sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera” en F. Martínez Sanz y M. Victoria Petit Lavall (dirs.) y F.J. Mateu (coord.) *Estudios sobre Derecho y Economía del transporte: Reforma y Liberalización*, editorial Tecnos, Madrid, 2009, pp. 542 a 558.

- REECE, I y WALKER, S:** *Teaching, training and learning – a practical guide*, 5ª Edición, Business Education Publishers, Sunderland (UK), 2003.
- REINHARDT, M., SCHNEIDERBAUER D. y KADAR, M.:** “Levers of value creation for freight railways” en *Mercer on Transport*, Mercer Consultants, 1998, vol. VI, nº 2.
- RENDÁ, A.:** “Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine”, *Telecommunications Policy*, 2010, vol. 34, nº 1-2, pp. 23-35.
- RIDYARD, D.:** “Essential facilities and obligations to supply competitors under UK and EC Law” en *ECLR*, 1996, nº 8, pp. 438 y ss.
- RIECHENBERG, K.** “La política comunitaria de transportes” en *Derecho Comunitario*, editan el Dpto. de Justicia del Gobierno Vasco y el Consejo General del Poder Judicial, diciembre 1993.
- RIETVELD, P. y STOUGH, R.:** “Institutions, regulations and sustainable transport, a review”, *European Journal of Transport and Infrastructure Research (EJTIR)*, 2006, vol. 6, nº 1, pp. 99-112.
- RIONDA RAMÍREZ, J.I.:** “Recomendaciones metodológicas para hacer una tesis o un estudio de caso” en *Tecsisotecatl*, (Revista electrónica de ciencias sociales, de la Universidad de Guanajuato), (disponible en <http://www.eumed.net/tecsistecat/index.htm>, accedido el 22 de octubre de 2006).
- ROBLES CARRILLO, M.A.** – “La Política Común de Transportes”, en M. López Escudero y J. Martín y Pérez de Nanclares (coords.) *Derecho Comunitario Material*, ed. McGraw Hill, Madrid, 2000.
- Röller, L.H.:** “Exploitative Abuses” en *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007.
- SALQUE, C.:** “Integration du marché européen des transports ferroviaires et nouvelle strategie des entreprises ferroviaires historiques européennes” en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2006, nº 1, pp. 51-109.
- SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J.:** *CMR. Manual Práctico*, Fundación Francisco Corell, Madrid, Junio 2000.
- SANZ JUNOY, I.:** “Gestión y servicios en las terminales de mercancías. Aplicación practica en ADIF”, *Documentos de Explotación Económica*, Fundación de Ferrocarriles Españoles, Madrid, abril 2011.
- Scandinavian Institute of Maritime Law:** “Modern Regulation of International Unimodal and Multimodal Transport of Goods”, *SIMPLY Yearbook*, Oslo, 1999.

SCHWEITZER, H.: “The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC”, *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007.

SEIDEL, B.: “From directive to practice: German railway industry in transition”, Institut für Verkehrswesen, Eisenbahnbau und betrieb (IVE), Universidad de Hannover, 2002.

SENADO, Boletín Oficial de las Cortes Generales: “Informe de la Ponencia de estudio sobre la política de transporte de mercancías por ferrocarril”, *Boletín General*, VIII Legislatura, 14 nov. 2007, serie I, nº 822, (543/000018).

SLACK, B. y VOGT, A.: “Challenges confronting new traction providers of rail freight in Germany” en *Transport Policy*, 2007, vol. 14, pp. 399-409.

SLOT, P.J.: “A view from the mountain: 40 years of developments in EC Competition Law” en *CMLR*, (2004) nº 41, pp. 443-473.

SLOT, P.J. y SKUDDE, A.: “Common features of Community Law Regulation in the network-bound sectors” en *CMLR*, 2001, nº 38, pp. 87-129.

STEER DAVIES GLEAVE: “EU Rail Liberalisation: extended impact assessment – regulatory overview of France”, diciembre 2003, (disponible en <http://www.steerdaviesgleave.com>).

STEER DAVIES GLEAVE: “EU Rail Liberalisation: extended impact assessment – regulatory overview of Germany”, diciembre 2003, (disponible en <http://www.steerdaviesgleave.com>).

STEHMANN, O. y MACKAY, I.: “Liberalisation and competition policy in railways” en *Competition Policy Newsletter*, DG competition unit D-2, 2003, nº 3, otoño.

STEHMANN, O. y ZELLHOFE, G.: “Dominant Rail Undertakings under European Competition Policy” en *European Law Journal*, 2004, vol. 10, nº 3, mayo.

STOFFEL VALLOTTON, N.: *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea: evolución del principio en la práctica de los Estados miembros y en la jurisprudencia comunitaria*, Dykinson, Madrid, 2000.

- de la misma autora: “El espacio económico europeo: un ejemplo de integración diferenciada en las relaciones exteriores de la Unión Europea. La aplicación del acervo comunitario a terceros estados”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, nº 15, mayo-agosto, pp. 573-625.

- de la misma autora: “Hacia una política común de la energía eléctrica: mercado interior, seguridad del abastecimiento, infraestructuras y energías renovables” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, nº 26, enero-abril, pp. 71-103.

STOTHERS, C. – “Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the EU” en *ECLR*, 2001, vol. 22, nº 7, pp. 262 y ss.

STRATEGIC RAIL AUTHORITY (SRA) – *Strategic Rail Freight Interchange*, publicado por SRA, Reino Unido, marzo 2004.

- TAMAMES, R. y LOPEZ, M.:** *La Unión Europea*, 5ª edición de Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- VALENZUELA GARACH, J.:** “Relaciones entre obstaculización de la competencia y el concepto de posición dominante”, en J.I. Font Galán y M. Pino Abad (coords.) *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- VICKERMAN, R.:** “El impacto espacial de la inversión en infraestructuras de transporte: implicaciones financieras en un modelo federal”, en F. Aldecoa (Dir.) *Las Redes Transeuropeas (RTE) y el Modelo Federal de la UE: Una visión desde Euskadi*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, pp.23-41.
- VICKERS, J.:** “A reformed approach to Article 82 and the US practice: an overall appreciation” en *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, junio 2007.
- VILLAR URIBARRI, J.M.:** “La nueva regulación del sector ferroviario. La Ley 39/2003, de 17 nov., del sector ferroviario” en *Noticias de la UE*, 2005, nº 245, pp.95-107.
- VOLKER, S.B.:** “Developments in EC competition law in 2003: an overview” en *CMLR*, 2004, vol. 41, nº 4, Agosto, pp. 1027-1072.
- WEATHERILL, S.:** *Cases & Materials on EU Law*, OUP, Oxford, 9ª edición, 2010.
- WEN, G.:** “A Study on Essential Facility Doctrine: A Comparative Approach under US and EU Competition Law and Proposals to China’s Practice”, disponible en www.competitionlaw.cn, octubre 2008.
- WHISH, R.:** “Recent developments in Community competition law” en *ELRev*, 2000, vol. 25, nº 3, junio, pp. 219-235.
- WHITEING, A.E.:** “User needs and delivery mechanisms: Freight”, Institute for Transport Studies de la Universidad de Leeds, 2005.
- WINSTON, C.:** “The transformation of the U.S. rail freight industry” en *Conferencia sobre la Competencia en la Industria Ferroviaria*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 16 y 17 de septiembre de 2004.
- WIT, R. de:** *Multimodal Transport*, ed. Bruylant, Bruselas, 1999.
- WRIGHT, P.:** “Effective institutional structures for new railway regimes”, *European Transport Conference*, Association for European Transport, 8-10 de octubre 2003.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

Jurisprudencia norte-americana

United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912), 56 L. Edición 810.

Associated Press v. United States of America, 326 US 1 (1945), USSCR 89 L. Edición 2013.

Otter Tail Power Co. v United States, 410 US 366 (1973), USSCR 35 L. Edición 2d 359.

Hecht v. ProFootball Inc., 436 US 956 (1978) (football stadium), 570 F. 2d 982, 992-993 (DC Cir.1977)

MCI Communications Corp. and MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co., 464 U.S. 891 (1983), 708 F.2d 1081, 1132 (7th Circuit).

Aspen Highlands Skiing Corp.v Aspen Skiing Co., 472 US 585 (1985), 86 L Edición 2d 467.

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

Jurisprudencia europea

Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, asunto 6-72, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c/ Comisión*, Rec. 1973 pág. 215.

Sentencia del TJCE de 6 de marzo de 1974, Asuntos 6 y 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano SpA y Commercial Solvents Corp c/ Comisión*, Rec. 1974, pág. 223.

Sentencia del TJCE de 4 de abril de 1974, asunto 167/73 *Comisión c/ Francia*, Rec. 1974 pág. 359.

Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros c/ Comisión*, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73, Rec. 1975 pág. 1663.

Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76 *United Brands Company y United Brands Continental BV c/ Comisión*, Rec. 1978, pág. 207.

Sentencia del TJCE 9 de marzo de 1978, asunto 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal*, Rec. 1978, 629.

Sentencia de 28 de noviembre de 1978, asunto 97/78, *Fritz Schumalla*, Rec. 1978 pág. 2311.

Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1979 pág. 461.

Sentencia del TJCE de 31 de mayo de 1979, Asunto 22/78, *Hugin Kassaregister AB y Hugin Cash Registers Ltd c/ Comisión*, Rec. 1979 pág. 1869.

Sentencia del TJCE 9 de noviembre de 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Comisión*, asunto 322/81, Rec.1983 pág. 3461.

Sentencia de 22 de Mayo de 1985, 13/83 *Parlamento Europeo c/ Consejo*, Rec. 1985, pág. 1556.

Sentencia del TJCE de 3 de octubre de 1985, asunto 311/84 *Centre Belge D'études de Marché - Télémarketing (CBEM) c/ SA Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) e Information Publicité Benelux (IPB)*, Rec. 1985 pág. 3261.

Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1986, asunto C 209-213/84 *Ministere Public/ Asjes, Gray, Maillot, Ludiwig y otros*, Rec. 1986, pp. 1425.

Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1987, asuntos acumulados 142-156/84, *British American Tobacco Company y otros c/ Comisión* Rec. 1987, pág. 4487.

Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1988, asunto 238/87 *AB Volvo c/ Erik Beng (UK) Ltd.*, Rec. 1988 pág. 6211.

Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1988, asunto 53/87 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (CICCRA) y Maxicar c/ Régie nationale des usines Renault*, Rec. 1988, pág. 6039.

Sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86 *AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec.1991 pág. I-3359.

Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1991, asunto C-18/88 *Régie des télégraphes et des téléphones c/ GB-Inno-BM SA*, Rec. 1991 pág. I-5941.

Sentencia del TPI de 10 de marzo de 1992, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA y PPG Vernante Pennitalia SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1992 pág. II-1403.

Sentencia del TJCE de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, *Commune d'Almelo y otros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij*, Rec. 1994 pág. I-1477.

Sentencia del TJCE de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C- 242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Comisión*, Rec. 1995 pág. I-743; (confirmando la resolución del TPI en los asuntos: T-69/89 *RTE c/ Comisión*, Rec. 1991 pág. II-485; T-70/89 *BBC c/ Comisión*, Rec. 1991 pág. II-535; T-76/89 *ITP c/ Comisión* Rec. 1991 pág. II-575).

Sentencia del TPI (Sala Tercera ampliada) de 22 de octubre de 1996, en los asuntos acumulados T-79/95 y T-80/95 *Société nationale des chemins de fer français y British Railways Board contra Comisión*, Rec.1996 pág. II-1491.

Sentencia del TJCE de 5 de diciembre de 1996, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd y Merck Sharp & Dohme International Services BV contra Primecrown Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta y Necessity Supplies Ltd y Beecham Group plc c/ Europharm of Worthing Ltd.*, asuntos acumulados C-267/1995 y C-268/1995, Rec. 1996 pág. I-6285.

Sentencia del TPI (Sala Segunda ampliada) de 12 de junio de 1997, asunto T-504/93 *Tierce Ladbroke SA c/ Comisión*, Rec. 1997 pág. II-923.

Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 10 de julio de 1997, Asunto C-261/95, *Rosalba Palmisani contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Rec. 1997 pág. I-4025.

Sentencia del TPI de 21 de octubre de 1997, asunto T-229/94 *Deutsche Bahn AG c/ Comisión*, Rec. 1997 página II-1689.

Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, *República Francesa y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c/ Comisión*, Rec. 1998 página I-1375.

Sentencia del TPI de 15 Septiembre de 1998, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd (anteriormente European Passenger Services Ltd (EPS)), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c/ Comisión*, Rec. 1998 pág. II-3141.

Sentencia del TJCE (Sala Sexta) de 26 Noviembre 1998, asunto C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c/ Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, Rec. 1998, pág. I-7791.

Sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999, asunto T-102/96, *Gencor Ltd c/ Comisión*, Rec. 1999 pág. II-753.

Sentencia del TPI de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, *Irish Sugar plc c/ Comisión*, Rec. 1999 pág. II-2969.

Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA y Dafra-Lines A/S c/ Comisión*, Rec. 2000 pág. I-1365.

Sentencia del TPI de 26 de octubre de 2000, asunto T-41/96 *Bayer AG c/ Comisión*, Rec. 2000 pág. II-03383.

Sentencia del TPI de 12 de diciembre 2000, asunto T-128/98 *Aéroport de Paris c/ Comisión*, Rec. 2000 pág. II-3929.

Sentencia del TPI de 28 de febrero de 2002, asunto T-18/97, *Atlantic Container Line and others c/ Comisión*, Rec. 2002, pág. II-1125.

Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99, *Airtours plc c/ Comisión*, Rec. 2002 pág. II-2585.

Sentencia del TJCE de 24 de julio de 2003, asunto C-280/00. *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en el que participa Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, Rec. 2003 pág. I-7747.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/01 *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* Rec. 2003 pág. I-8055.

Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-418/01 *IMS Health GmbH Co. OHG c/ NDC Health GmbH Co.KG*, Rec. 2004 pág. I-5039

Sentencia del TJCE de 5 de diciembre de 2006, asunto *Federico Cipolla contra Rosaria Portolese, señora de Fazari* (C-94/04) y *Stefano Macrino y Claudia Capoparte contra Roberto Meloni* (C-202/04), Rec. 2006 pág. I-11421.

Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04 *Microsoft Corp. c/ Comisión*, Rec. 2007 página II-3601.

Sentencia del TPI de 10 de abril de 2008, asunto T-271/03 *Deutsche Telekom AG c/ Comisión*, Rec. 2008 pág. II-477.

Sentencia del TJCE (Gran Sala) de 10 de julio de 2008, asunto C-413/06 P, *Bertelsmann AG y Sony Corporation of America contra Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, Rec. 2008 pág. I-4951.

Sentencia del TJCE de 16 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton, antes Glaxowellcome AVEE*, Rec. 2008 pág. I-7139.

DECISIONES

Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1977 *Liptons Cash Registers c/Hugin* (78/68/CEE), *DO L22 de 27.1.1978*, pp. 23/35.

Decisión de la Comisión de 4 de noviembre de 1988 *London European – SABENA*, (88/589/CEE) , *DO L 317 de 24.11.1988*, pp. 47/54.

Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1988 *Vidrio plano* (89/93/CEE), *DO L 33 de 4.2.1989*, pp. 44/73.

Decisión de la Comisión, de 26 de febrero de 1992 *British Midland c/ Aer Lingus* 92/213/CEE *DO L 96 de 10.4.1992*, pp. 34/45

Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, *Sea Containers c/Stena Sealink - medidas provisionales* (94/19/CE) *DO L 15 de 18.1.1994*, pp. 8/19

Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993, *relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Rødby (Dinamarca)* (94/119/CE) *DO L 55 de 26.2.1994*, pp. 52/57.

Decisión de la Comisión de 13 de diciembre de 1994, *Eurotunnel*, (94/894/CE) *DO L354 de 31.12.94*, pp. 66-74.

Decisión de la Comisión de 29 de marzo de 1994 *HOV-SVZ/MCN*, (94/210/CE), *DO L 104 de 23.4.1994*, pp. 34-57.

Decisión de la Comisión de 21 de septiembre de 1994 *Night Services*, (94/663/CE) *DO L 259 de 7.10.1994*, pp. 20/26.

Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1998 *EUROSTAR* (asunto IV/M. 1305) *DO 1999, C 256, p. 4*.

Decisión de la Comisión de 3 de julio de 2001, *NDC Health/IMS Health: Medidas cautelares* (2002/165/CE), DO L59/18 de 28.2.2002, pp. 18/49.

Decisión de la Comisión de 13 de agosto de 2003, *NDC Health/IMS Health: Medidas cautelares*, (2003/741/CE), DO L 268 de 18.10.2003, pp. 69/72

Decisión de la Comisión de 27 agosto de 2003 *GVG c/ FS* (2004/33/CE), DO L11 de 16.1.2004, pp. 17/40

Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2004 *SONY c/ BMG* (2005/188/CE), DO L 62 de 9.3.2005, pp. 30/33.

Decisión de la Comisión de 24 de mayo de 2006, *Microsoft* (2007/53/CE) DO L 32 de 6.2.2007, pp. 23/28.

COMUNICACIONES

Comunicación de 25 de enero de 1990 *Política Ferroviaria Comunitaria* (COM (89) 564).

Comunicación de 2 de diciembre de 1992 de la Comisión “*El curso futuro de la PCT. Un enfoque global para la elaboración de un marco comunitario de movilidad sostenible*”, COM (1992) 494 final.

Comunicación de 12 de julio de 1995 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *La Política Común de Transportes – Programa de Acción 1995-2000*, (COM/95/302).

Comunicación de 29 de mayo de 1997 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Superpistas ferroviarias transeuropeas de transporte de mercancías*, (COM (97) 242),

Comunicación de 1 de diciembre de 1998 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *La Política Común de Transportes. Movilidad Sostenible: Perspectivas de Futuro*, (COM (1998) 716 final),

Comunicación de 22 de junio de 2006 de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Por una Europa en movimiento. Movilidad sostenible para nuestro continente. Revisión intermedia del Libro Blanco del transporte de la Comisión Europea de 2001*, (COM (2006) 314).

Comunicación de 13 de diciembre de 2006 de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Facilitar la circulación de locomotoras en la Comunidad*, (COM (2006) 782).

Comunicación de 18 de octubre de 2007, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Seguimiento de la evolución del mercado ferroviario*, (COM (2007) 609).

Comunicación de 8 de julio de 2008 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Estrategia para la aplicación de la internalización de los costes externos*, (COM (2008) 435).

Comunicación de 8 de septiembre de 2008 de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Calidad de los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril*, (COM (2008) 536).

Comunicación de la Comisión adoptada el 17 de junio 2009, *Un futuro sostenible para los transportes. Hacia un sistema integrado, tecnológico y de fácil uso*, (COM (2009) 279)

Comunicación de 9 de febrero 2009 de la Comisión *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (DO C 45 de 24 de febrero de 2009, pp. 7 a 20).

Comunicación de 17 de septiembre de 2010 de la Comisión *sobre la creación de un espacio ferroviario europeo único* (COM(2010) 475).

DIRECTIVAS

Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, *sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios*, (DO L 237 de 24.8.1991, p. 25/28).

La Directiva 92/106/CE, de 7 de diciembre de 1992, *relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías entre Estados miembros*, (DO L 368 de 17.12.1992, p. 38/42).

Directiva 95/18/CE de 19 de Junio de 1995, *sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias*, (DO L 143 de 27 Junio 1995 pp. 70/74).

Directiva 95/19/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, *sobre la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización*, (DO L 143 de 27 Junio 1995, pp. 75/78).

Directiva 96/48/CE de 23 de julio de 1996 *relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad*, (DO L 262 de 16.10.1996, p. 18)

Directiva 2001/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, (DO L 75 de 15 marzo 2001, p p. 1/25).

Directiva 2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, (DO L 75 de 15.3.2001, p. 26/28).

Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad, (DO L 75 de 15.3.2001, p. 29/46).

Directiva 2001/16/CE de 19 de marzo de 2001 *relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional*, (DO L 110 de 20.4.2001, p. 1/27).

Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios y por la que se modifican la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias y la Directiva 2001/14/CE relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad (Directiva de seguridad ferroviaria) (DO L 164 de 30.4.2004 , pp. 44/113)

Directiva 2004/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifican la Directiva 96/48/CE del Consejo relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad y la Directiva 2001/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional (DO L 164 de 30.4.2004 , pp . 114/163).

Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (DO L 164 de 30.4.2004, pp. 164/172).

Directiva 2007/58, *por la que se modifican la Directiva 91/440/CEE del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, y la Directiva 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización* (DO L 315, de 3 dic. 2007, p p. 44/50).

Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 , *sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad*, (DO L 315 de 3.12.2007, p. 51/78).

Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, *sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad*, DO L 191 de 18.7.2008 , pp. 1/45.

Directiva 2008/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2004/49/CE *sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios*, (DO L 345 de 23.12.2008, p p. 62/67).

REGLAMENTOS

Reglamento del Consejo nº 11 de 27 de junio de 1960 *relativo a la supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones de transporte, en aplicación del apartado 3 del artículo 79 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, (DO 52 de 16.8.1960, pp. 1121/1126.)

Reglamento (CE) nº 881/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *por el que se crea una Agencia Ferroviaria Europea (Reglamento de la Agencia)* (DO L 164 de 30.4.2004, p. 1/43).

Reglamento (CE) No 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 *sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) no 1191/69 y (CEE) no 1107/70 del Consejo*, (DO L 315 de 3.12.2007, p. 1/13).

Reglamento (CE) n° 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 , *sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril*, (DO L 315 de 3.12.2007, p. 14/41).

Reglamento (UE) n° 36/2010 de la Comisión, de 3 de diciembre de 2009, *sobre los modelos comunitarios de licencias de conducción de trenes, certificados complementarios, copias autenticadas de certificados complementarios y formularios de solicitud de licencias de conducción de trenes, en aplicación de la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* (DO L 13 de 19.1.2010, pp. 1/27).